정책세미나

법무부장관 지휘권 사태와 검찰 독립성

: 문제점과 대안



■ 일시 : 2020. 7. 30.(목) 14:00~16:00

■ 장소 : 국회의원회관 제2세미나실

■ 주최 : 박수영 국회의원, 유상범 국회의원

한반도선진화재단

식 순

일시: 2020년 7월 30일(목) 14:00~16:00　　장소: 국회의원회관 제2세미나실

시 간	내 용
13:30 ~ 14:00	**[등록 및 접수]**
14:00 ~ 14:20	· 개　　회 · 국민의례 · 개 회 사　박수영 국회의원 · 환 영 사　유상범 국회의원
14:20 ~ 15:30	사회 박인환 바른사회시민회의 공동대표 **법무부장관 지휘권 사태와 검찰 독립성: 문제점과 대안** · 발제자　이완규 법무법인 동인 변호사 · 토론자　김상겸 동국대학교 교수 이호선 국민대학교 교수 정웅석 서경대학교 교수
15:30 ~ 16:00	**[종합토론]**
16:00	**[폐　　회]**

목 차

06 **[개회사]**

· 박수영 국회의원

08 **[환영사]**

· 유상범 국회의원

11 **법무부장관 지휘권 사태와 검찰 독립성: 문제점과 대안**

· 발제자 이완규 법무법인 동인 변호사

· 토론자 김상겸 동국대학교 교수

이호선 국민대학교 교수

정웅석 서경대학교 교수

65 **[종합토론]**

개 회 사



검찰의 독립성과 정치적 중립성은 법치의 핵심요소입니다.

첫째, 우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있으며

둘째, 법치주의의 근본은 국가권력 또는 권력자의 자의에 의한 지배가 아닌, 합리적이고 공공적인 규칙을 통해 공정한 사회를 유지하는 데 있기 때문입니다.

'여러분, 벌써 잊으셨습니까?'
조국 전 법무부장관 사건, 청와대의 울산시장 선거 개입 의혹사건,
유재수 전 부시장 사건들은 이 나라의 근간을 흔들 위중한 사건들입니다.

현 정권의 책임자들이 연루 또는 그 의혹을 받고 있기에 그 어떤 사건보다 공정하고 투명한 수사, 엄중한 처벌이 필요합니다.

그러나 그 후로 수개월이 지난 지금, 대한민국의 법치는 혼돈 그 자체입니다.

살아있는 권력을 수사하던 검사들이 갑자기 인사발령을 통해 흩어졌습니다.

사건 당사자였던 조국 전법무부장관이 비리연루의혹과 수사로 인해 물러난 후 추미애 장관이 취임하자마자 취한 조치입니다. 이제 검찰의 수사 독립

성을 이유로 구체적 사건에 대한 지휘권 행사를 통해 검찰총장을 사건에서 손을 떼게 하고 있습니다.

이제 국민의 관심은, 과연 이 정권으로부터 임명받은 검찰이 정권의 핵심 인사들을 공정하게 수사할 수 있을까에 집중되어 있습니다.

검찰개혁의 핵심은 검찰이 살아있는 권력을 수사할 수 있게 하는 것,
즉 검찰의 독립성과 중립성 확보입니다.

오늘 개최되는「법무부장관 지휘권 사태와 검찰 독립성: 문제점과 대안」 세미나가 오만한 권력의 광풍을 걷어 내고 대한민국 법치가 가야할 길을 국민에게 제시할 수 있는 계기가 되기를 희망합니다.

사회를 맡아 주신 박인환 바른사회시민회의 대표님, 발제와 토론을 진행해 주실 이완규 변호사님과 김상겸 교수님, 이호선 교수님, 정웅석 교수님께 가르침을 청합니다.

오늘 세미나를 함께 준비해주신 유상범 의원님과 한반도선진화재단 가족분들께도 변함없는 감사를 드립니다.

2020. 7. 30.

국회의원 박 수 영

환 영 사



안녕하십니까? 미래통합당 법제사법위원회 소속 유상범 의원입니다.

오늘 여러 전문가들을 모시고 법무부 장관의 수사지휘권 발동과 그에 따른 검찰의 독립성 및 정치적 중립성 위법성에 대해 논의하는 「법무부장관 지휘권 사태와 검찰 독립성 문제점과 대안」 토론회를 개최하게 되었습니다. 바쁘신 일정에도 불구하고 귀한 발걸음을 해주신 모든 분들에게 감사드립니다.

법무부 장관으로 인해 온 나라가 시끄럽습니다. 법치 수호의 수장으로서 어떠한 정치 권력이나 외압에도 굴하지 않고 사법 집행을 책임지는 자리에 있음에도 불구하고, 추미애 장관은 그 본분을 망각한 채 검찰의 독립성과 정치적 중립성을 무참히 짓밟고 있습니다.

실제로 추미애 장관은 검찰이 살아있는 권력 즉, 조국 前법무부 장관 일가 비리와 유재수 감찰 무마 사건, 청와대의 울산시장 선거개입 사건을 수사했다는 이유로 윤석열 검찰총장을 끄집어 내리는 데에만 혈안이 돼 있습니다.

법무부 장관 취임 직후인 올해 1월, 여권 인사들에 대한 수사를 지휘하고 있던 검찰총장의 핵심 참모들을 모두 한직으로 내쫓는 보복성 인사를 단행한데 이어, 지난 7월 2일에는 '검언유착' 의혹 사건과 관련해 검찰총장의 지휘감독을 배제하는 위법부당한 수사지휘권까지 발동했습니다.

검찰청법 제8조의 제정 취지는 준사법기관인 검사에 대한 정치적 영향력을 배제해 검찰의 독립성과 중립성을 보장하기 위한 것입니다. 법무부 장관의 개입과 지휘가 최소화되어야 한다는 것이 법이 정신입니다.

전국의 검사장들도 검찰의 직무를 정지하는 이번 수사지휘권이 위법하다는 의견을 공개적으로 건의했지만, 추미애 장관은 이에 아랑곳하지 않고 위법한 수사지휘로 검찰 전체를 흔들어 무력화하고 있습니다.

이번 사태를 계기로 법무부장관의 수사지휘권이 폐지돼야 한다는 목소리까지 나오는 상황입니다.

검찰은 행정부인 법무부 소속 기관이지만, 범죄수사와 공소제기 및 그 유지에 필요한 사항에 대한 직무를 수행하며 재판 집행 지휘 · 감독 권한을 갖고 있어 준사법기관이라고도 불립니다.

그런 측면에서 일반적 지휘 · 감독 권한 외의 구체적 사건에 대해 검찰총장을 지휘할 수 있도록 하는 법무부 장관의 수사지휘권은 법의 제정 정신에 따라 극히 예외적으로 행사되어야만 합니다.

나아가 법무부 장관은 검찰의 정치적 독립성을 철저히 보장하고, 이를 통해 국민으로부터 신뢰받는 검찰을 만드는 데 앞장서야 할 것입니다.

아무쪼록 어렵게 모이신 자리인 만큼 전문가 여러분들의 고견을 통해 법무부 장관의 수사지휘권 및 검찰의 독립성 문제에 대한 의미있는 논의가 이뤄지길 기대합니다.

끝으로 이 주제를 위해 함께 고민하고 혜안을 나누기 위해 참석해 주신 여러분들께 다시 한 번 감사드립니다.

2020. 7. 30.

국회의원 유 상 범

법무부장관 지휘권 사태와 검찰 독립성 : 문제점과 대안

이 완 규
법무법인 동인 변호사

I. 서론

최근 추미애 법무부장관이 윤석열 검찰총장에 대해 한동훈 검사장과 관련된 구체적 사건에 대해 지휘권을 행사하였다. 지휘의 내용은 ① 검찰총장이 지시한 전문수사자문단 절차를 중단하고, ② 서울중앙지검 수사팀이 대검찰청 등 상급자의 지휘감독을 받지 않고 독립적으로 수사한 후 결과만 검찰총장에게 보고하도록 조치할 것을 지휘한다는 내용이었다.

이 지휘권행사의 적법성과 타당성에 대해서는 적법하고 타당하다는 주장도 있고 위법하다는 주장도 있으며 부당하다는 주장도 있다.

법무부장관과 검찰의 관계는 행정부의 다른 부의 장관과 그 소속 공무원 사이의 관계와는 다른 특징이 있으며 이러한 특징에 대한 이해가 있어야 이 문제를 적절히 파악할 있으며 이 번에 행해진 추미애 장관의 지휘의 적법, 타당성 여부도 적절히 판단할 수 있다. 이에 법무부장관과 검찰의 관계에 대한 이해부터 출발하여 문제점과 향후의 대안에 대해 논하기로 한다.

II. 법무부장관의 검찰에 대한 지휘감독권의 근거 : 민주적 정당성과 의회 책임 원리

1. 국가권력기관의 설치와 헌법원리로서의 민주적 정당성

가. 국가권력구조의 원리로서의 민주주의

헌법 제1조 제1항은 대한민국을 민주공화국으로 선언하여 국가권력구조의 형태로서 민주주의와 공화주의를 선언하고 있다. 또한 제2항은 대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다고 규정하여 국민주권주의를 선언하고 있다.

나. 권력기관의 조직과 민주적 정당성

국민주권주의와 민주주의는 국민의 권력행사로 인정되기 위해서는 모든 국가권력에 대해 국민에 의해 일정 수준으로 정당성을 부여받을 것을 요구한다. 이를 민주적 정당성(demokratische Legitimation)이라 한다.[1] 민주적 정당성에 관한 이론이 치밀하게 발전된 나라로서 독일을 들 수 있는데, 예를 들어 인터넷 구글에서 demokratische Legitimation을 검색어로 하여 검색을 하면 민주적 정당성에 관한 많은 문헌과 자료를 찾아볼 수 있다.

다. 국가기관의 조직원리로서 민주적 정당성의 요소

1) 민주적 정당성의 3대 요소

국가기관의 설치와 관련한 민주적 정당성의 요소로서는 ① **헌법상 기구적 정당성,** ② **인적 정당성,** ③ **실질적 정당성이** 들어진다.

헌법상 기구적 정당성(funktionelle und institutionelle demokratische Legitimation)은 헌법제정권력자인 국민이 제정한 **헌법에서 기구의 설치와 임무에 대한 근거가 규정됨으로써 뒷받침되는 정당성이다.**

즉, 국민은 헌법제정권력으로 헌법에 입법, 행정, 사법권력을 각각 고유한 기능과 조직을 가지는 기관으로 구성하여 국가권력을 행사하므로 **국가기관은 헌법에 그 설치와 임무에 관한 근거를 가져야 한다는 것이다.**[2]

인적 정당성(organisatorisch-personelle demokratische Legitimation)은 국가 권력을 담당하는 기관들이나 그 담당자들에게 **권력의 담당에 대하여 국민으로부터 부여되는**

---

1) Jarass/Pieroth, *GG, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,* C.H.Beck, 2004, § 20 Rdnr 4; BVerfGE 93, 37/66f.

2) Böckenförde, "Demokratie als Verfassungsprinzip", *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland(HdBStR) Bd II,* C.F.Müller, 2004, §24 Rndr. 15.

정당성의 사슬이 연결될 것을 요구하는 것이다.[3]

실질적 정당성(sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation, materielle Legitimation)은 **국가권력이 항상 국민의 뜻에 맞게 행사될 수 있도록 보장하는 시스템을 갖출 것을 요구하는 것이다.**[4]

2) 실질적 정당성을 위한 통제체제

실질적 정당성은 ① 국가권력의 행사가 국민의 의사인 법에 기속되는 것과 ② 국가권력 담당자들의 권력행사에 대하여 국민의 대의기관인 의회에 의한 한 통제체제를 갖추는 것을 요구하는데 두 번째의 통제장치가 핵심이다.

이에 따라 특히 행정부의 권력행사에 대해서는 ① 국민의 대표인 의회로부터 통제를 받고 의회에 대해 책임을 지는 책임체제의 확보(Verantwortlichkeit gegenüber dem Parlament)와 ② 그 책임을 지는 사람이 그 하부기관들에 대한 지휘체계를 갖추고 그의 지시를 받는 사람이 따라야 하는 지시권의 기속력(Weisungsabhängigkeit)을 갖추는 것이 실질적 정당성의 관점에서 핵심적 요소이다.[5]

3) 우리 헌법상 실질적 민주적 정당성 체제

이와 같은 실질적 민주적 정당성을 갖추기 위한 통제체제는 우리 헌법에도 구현되어 있다.

헌법은 국민의 대의기구로서 국회를 두고 있고 ① 각부 장관인 국무위원이 행정권력의 행사에 대해 국회에 대해 책임을 지는 체제를 구성하며, ② 행정권력이 각부 장관의 지휘체계 안에 들어오게 구성함으로써 실질적인 민주적 정당성을 구현하고 있다.

---

3) Jarass/Pieroth, a.a.O, § 20 Rdnr 9a; Böckenförde, a.a.O, §24 Rndr. 16.

4) Jarass/Pieroth, a.a.O, § 20 Rdnr 9a는 materielle Legitimation이라고 하고, Böckenförde, a.a.O, §24 Rndr. 21에서는 sachlich-inhatliche Legitimation이라고 한다.

5) Jarass/Pieroth, a.a.O, § 20 Rdnr 9a; Böckenförde, a.a.O, §24 Rndr. 21.; *Bredt, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen, Mohr Siebeck*, 2006, S.52-53.

먼저, 국회에 대한 책임이라는 관점에서 보면, 국회는 **국무총리 또는 국무위원의 해임을 건의함으로써 정치적 책임을 물을 수 있다(헌법 제63조)**. 국회의 탄핵소추권도 있으나(헌법 제65조) 탄핵은 헌법이나 법률 위배를 요건으로 하는 점에서 권한행사의 적정성에 대한 정치적 책임을 묻는 해임건의와 다르다.

국회에 대한 정치적 책임이라는 점에서는 해임건의가 중요하며 이에 따라 우리 헌법상 행정권의 행사와 관련하여 국회에 대해 책임을 지는 것은 국무총리와 국무위원이다.

이에 따라 헌법은 행정권을 행사하는 행정부를 국무총리와 행정 각부로 구성하도록 하고 있고(헌법 제2절), 행정 각부의 장관은 국무위원 중에서 대통령이 임명한다(헌법 제94조)고 하고 있다.

이와 같이 **장관이 소관 사무를 통할하고 소속 공무원을 지휘감독하는 권한을 가짐으로써 그 지휘체계하에서 각 부에 소속한 공무원들은 장관을 통하여 국민의 대표인 국회에 대해 책임을 지게 된다.** 이렇게 하여 행정부의 모든 공무원들의 권력행사에 대한 실질적인 민주적 정당성의 체계가 갖추어져 있다.

2. 법무부장관과 검찰의 지휘체계

가. 장관의 지휘권의 근거로서의 민주적 정당성

앞에서 본 바와 같이 민주주의 국가는 국가권력행사에 있어 민주적 정당성을 필요로 한다. 검찰이 행사하는 수사, 기소권은 국가의 권력 중 중요한 권력이므로 민주적 정당성을 갖추어야 함은 물론이다.

1) 검찰의 헌법상 기구적 정당성

민주적 정당성의 요소 중 헌법상의 기구적 정당성은 검찰청이 법무부장관 소속으로 설치됨으로써 갖추어져 있다. 즉 헌법은 행정부를 국무총리와 국무회의 및 행정각부로 구성하며 구체적인 조직을 법률로 정하도록 위임하고 있다. 이에 따른 조직법으로 정부

조직법이 있으며 정부조직법에서 법무부장관 소속으로 검찰청을 설치한다는 근거규정을 두고 있고, 이에 따라 다시 검찰청의 설치에 관하여 검찰청법이 마련되어 있다. 따라서 헌법상의 기구적 정당성이 갖추어져 있다.

2) 검찰의 인적 정당성

다음으로, 인적 정당성은 국가 권력기관 담당자의 임명에 있어 국민으로부터의 위임이라는 연결이 있어야 하는데 이는 선거 또는 선거로 선출된 기관으로부터 임명되는 것에 의해 연결사슬이 형성되어 정당화된다. 검사는 선출된 권력인 대통령으로부터 임명됨으로써(검찰청법 제34조 제1항) 인적 정당성을 부여받는다.

3) 실질적 정당성과 법무부 장관의 지휘권

나아가 검사의 권한행사도 상시적으로 국민의 의사에 적합하게 행사되어야 하며 이는 국민의 대표기관인 국회에 의한 상시적 통제와 국회에 대한 책임으로 보장된다. 이러한 책임구조로부터 예외가 인정되려면 국회의 통제가 미치지 않아도 될 정도로 권력적 성격이 적은 경우가 아닌 한[6] 국민전체의 의사인 헌법규범에 의한 예외가 필요하다.

헌법은 검사의 권한 행사와 관련하여 국회에 대한 책임성에 대해 예외를 규정하지 않았으므로 검사도 이러한 책임의 체계 속으로 편입되어야 한다. 정부조직법은 검찰청을 법무부 소속으로 규정하고 있으며(정부조직법 제32조 제2항) 검찰청법은 법무부 장관의 검찰에 대한 지휘감독권을 규정하고 있는데(검찰청법 제8조) 이는 검찰의 권력행사에 대한 민주적 정당성을 보장하기 위한 요건이다.[7]

---

6) 이러한 예로 법률로서 독립성을 규정한 국가인권위원회(국가인권위원회법 제3조 제2항)가 있다. 이 기관에 독립성을 부여한 것은 독립적 업무수행의 필요성과 함께 민주적 정당성의 관점에서 보면 권력적 성격이 적다는 이유이므로 이러한 기관들이 일정한 처분권과 같이 권력적 성격의 권한을 가지게 되면 헌법적 수준의 민주적 정당성 요구와 충돌한다. 그렇기 때문에 예컨대 인권위원회의 인권침해 구제관련 조치도 권고에 그치도록 것이다.

7) Rautenberg, "Abhängigkeit der Staatsanwaltschaft", GA 2006, 356ff. 독일 Brandenburg주 검찰총장인 Rautenberg는 검찰을 행정부에 배치한 현행 독일기본법상으로는 장관의 지휘권 부정은 의회에 대한 책임과 민주적 통제원리에 반하게 된다고 하면서 지휘권 부정을 위해서는 기본법개정이 필요하다고 한다.; Hund, "Brauchen wir die unabhängige Staatsanwaltschaft?", ZRP, 1994, 471.

나. 검찰의 정치적 중립성과 장관의 지휘권 폐지 논의

행정부의 한 조직으로서 검찰도 민주적 정당성의 원리상 장관의 지휘체계 하에 속하게 되어 있지만 앞에서 본 바와 같이 검사가 행사하는 검찰권의 사법적 성격에 따라 중립성과 객관성을 보장할 필요도 있다.

이에 따라 정치적 공무원인 장관이 검찰에 대해 지휘권을 행사하는 것이 검찰의 정치적 중립성을 해할 우려가 있다는 이유로 개별 사건에 있어 장관의 지휘권을 폐지해야 한다는 논의도 있다.[8)]

독일에서는 1970년 독일법관협회의 검찰위원회에서도 이러한 제안을 한 일이 있으며,[9)] 최근으로는 2003. 9. 21. 드레스덴에서 Sachsen주 신법관연합(Neuen Richtervereinigung Sachsen), 민주와 인권을 위한 유럽 법률가 연합, 민주주의를 위한 법률가 연합 등이 공동주최한 국제회의에서도 구체적 사건에 관한 법무부장관의 지휘권을 폐지하는 것을 중심으로 한 선언문이 채택되기도 하였다.[10)]

또한, 2004. 3. Nordrhein-Westfalen주에서 기민당이 법무부장관의 지휘권을 폐지하는 법안을 제출하기도 하였으나[11)] 입법화되지는 않았다.

2015. 2.경과 4.경에 독일의 Netzpolitk이라는 언론매체에서 헌법수호를 위해 온라인망에 대한 감시체제를 강화하려는 계획에 대해 보도를 하였는데 이 때 2명의 언론인이 관련 문서의 유출에 관련되어 이에 대해 헌법수호청의 고발을 하였다.

연방검찰총장 Range가 국가비밀누설혐의로 2명의 언론인에 대한 수사를 개시하였고,

---

8) 김희수/서보학/오창익/하태훈, 『검찰공화국 대한민국』, 삼인, 2011, 253면.

9) Kommission für die Angelegenheiten der Staatsanwälte im Deutschen Richterbund, DRiZ 1970, 187.

10) www.vdj.de/Erklaerungen/2003-09-21_Dresdener-plaedoyer.html.

11) 제안서 전문은 Nordrhein-Westfalen Drucksachen 13/5111에 게재되어 있으며 주 의회 인터넷 홈페이지인 www.landtag.nrw.de/portal/www/Webmaster/GB_1/1.4/Dokume...에 게시되어 있다.

Netzpolitk이 보도한 정보가 국가비밀에 해당하는지에 대하여 외부인의 감정을 위탁하고자 하였는데, 이러한 수사에 대해 언론측에서는 언론의 자유 침해라는 비판을 하였다. 연방법무부장관 Maas는 이에 대해 반대하고 이를 중지하라고 하였다.[12)]

연방검찰총장 Range는 법무부장관 Maas의 지휘권행사가 사법(Justiz)의 독립성을 침해하였다고 공개적으로 비판을 하였다. 이후 연방검찰총장 Range와 법무부장관 Maas는 갈등은 연방수상 Merkel이 Range를 해임하고 새 연방검찰총장을 임명함으로써 해결하였고 신임 연방검찰총장은 위 수사를 중지하였다.

이를 계기로 독일법관협회에서는 법무부장관의 지휘권 행사가 사법적 성격을 가진 검찰의 독립성을 침해하였다고 비판하면서 법무부장관의 구체적 사건 지휘권을 폐지하여야 한다는 주장을 하기도 하였으나 종전 논의와 같이 실질적 민주적 정당성의 근거로서 의회의 책임과 통제수단으로서의 장관의 지휘권은 유지되어야 한다는 논의에 따라 입법화로 이어지지는 않았다.

다. 장관의 지휘권 제한론

한편, 독일에서는 위와 같이 민주적 정당성의 보장을 위해 장관의 검찰에 대한 지휘관계를 인정하지만 구체적 사건에서의 정치적 중립성을 보장하기 위해 법해석의 방법으로 장관의 지휘권을 제한하려는 논의가 통설이고 실무도 이와 같이 이해하고 운영하고 있다.

즉, 법무부장관의 지휘권은 의회에 의한 국민의 통제를 위하여 인정되는 수단이므로 검찰권의 사법적 성격을 감안하면 검찰권행사가 위법하거나 심히 부당하여 도저히 묵과할 수 없는 경우에만 극히 제한적으로 행사되어야 한다고 한다.[13)] 또한 최후수단으로서

12) 전화통화에 의한 지시로 Range는 이를 장관의 지휘권행사라고 하고, Maas는 지휘권행사는 아니라고 하였다.

13) 예컨대 2004. 11. 23. 독일 Mainz에서 개최된 독일 법관협회 Rheinland-Pfalz주 분회의 50주년 기념행사에서의 논의결과 발표에서 당시로서는 장관의 지휘권 규정의 개정을 요구하지는 않으나 구체적 사건에서는 극히 예외적으로(außerordentlich selten) 행사되어야 한다고 주장되었다. www.richterbund-rlp.de/index.php?_=&kat_id=6&aktion=zeig&art_id=34.

행사되는 경우에도 지휘권행사 자체가 사건 외적인 영향력, 특히 정치적 영향력을 미친다는 외관과 오해를 불러일으킬 수 있으므로 최대한 자제되어야 한다고 한다.

2001년 노르트라인베스트팔렌 주 법무부장관 Dieckermann은 법무부장관의 검찰에 대한 지휘권 행사에 관한 10개조의 지침을 발표하였는데 그 1항이 '검찰은 국가기관중 특별한 지위를 가진다. 검찰은 사법부와 행정부의 중간에 있다'는 것이었다. 검찰의 지위에 관한 이와 같은 이해가 선행되어야 한다. 이에 제9항에서는 '노르트라인베스트 팔렌 주에서 법무부장관의 현안 사건에 대한 구체적 지휘권은 지속적인 자제로 사용하지 않는다. 물론 예외적인 경우를 상정할 수는 있다. 지휘감독은 직무집행의 적법성 통제이며 결고 정치적 통제수단은 아니다. 따라서 구체적 지휘권은 검찰총장이 검찰의 부적법한(rechtsfehlerhafte) 사건 처리에 대해 불법 부당하게 이를 시정하는 조치를 하지 않는 경우에만 고려될 수 있다'고 하였다.

라. 검찰청법 제8조의 해석론

1) 규정내용

검찰청법 제8조는 법무부장관의 지휘권에 관하여 '법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘 · 감독하고, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘 · 감독한다'고 규정하고 있다.

2) 규정의 성격

이 규정은 법무부장관의 지휘권을 창설하는 규정이 아니라 제한하는 제한규정이다. 왜냐하면 민주적 정당성과 이에 따른 정부조직법에 따라 장관의 소관 공무원들에 대한 지휘감독권이 인정되므로 검찰청법 제8조 규정이 없더라도 법무부장관의 검찰에 대한 지휘감독권은 인정되기 때문이다.

검찰청법 제8조가 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘 · 감독한다고 규정하고 있는 것은 구체적 사건에 관한 지휘권을 제한하는 규정으로 해석하여야 한다.

3) 검찰총장만을 지휘 · 감독한다는 문구의 의미 : 검찰총장을 통한 정치적 중립 보장 장치

장관의 지휘체계에 대한 예외를 인정하지는 않되 장관의 지휘권에 의한 정치적 영향력 행사의 우려와 검찰의 정치적 중립성을 확보하기 위해 검찰청법 제8조는 법무부장관은 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘 · 감독한다고 규정하고 있다.

같은 입법례로는 일본 검찰청법 제14조도 법무대신의 검찰에 대한 지휘권을 규정하면서 단서에서 구체적 사건의 수사 또는 처분에 관하여는 검사총장(檢事總長)만을 지휘할 수 있다고 규정하고 있다.

독일은 법규정상으로는 검찰총장만을 지휘한다는 규정이 없으나 실무에서는 일반적으로 이와 같이 해석하고 실무를 운영하고 있다.[14)]

일본에서는 이 규정의 입법과정에서 1947. 3. 19. 제92회 제국의회중의원본회의에서 사법대신 木村篤太郎이 제안이유를 설명하면서 "검찰관은 종래와 마찬가지로 사법대신의 지휘감독에 따르지만 검찰권행사의 독립성을 담보하기 위하여 개개사건의 수사 또는 처분에 관해서는 사법대신은 검사총장만을 지휘할 수 있도록 되어 있다"고 설명하였다.

또 1947. 3. 28. 제국의회 귀족원 검찰청법안특별위원회에서 정부위원인 佐藤藤佐는 "종래와 같이 사법대신이 개개의 사건의 수사, 처분에 관해서도 모두 직접 개별 검찰관을 지휘한다고 하면 장차 여러가지 폐해가 있을 것으로 생각됩니다. 종래는 이와 같은 폐해가 나타나지 아니하였지만 점차 정당정치가 발전해 감에 따라 사법대신이 직접 개개의 사건의 처리에 관해서 개개의 검찰관을 지휘하는 것은 적당하지 않을 것이라는 생각에서 개개의 사안을 지휘하는 경우에는 반드시 먼저 검사총총장에게 지휘하도록 하고, 검사총장은 사법대신의 지휘에 응하여 자신의 의견을 이에 덧붙여 적당한 조치를 하는 이러한 방식을 취하는 것이 장래의 검찰사무의 운영상 적절할 것으로 생각한다."고 하였다.

---

14) Schmidt/Schoreit, StPO-Karlsruher Kommentar, C.H. Beck, 2004, GVG § 147 Rdnr. 4.

이 규정에 대해서는 일본에서는 검찰권이 행정권의 일부라는 점에 비추어 보면 법무부장관은 검찰행정사무든 검찰사무든 불문하고 검사가 행하는 모든 사무에 관하여 지휘감독권을 가지며 국회에 대해 책임을 지는 것인데 반면에 검찰권은 사법권과 밀접한 관계에 있어 사법권의 적정한 실현을 위해서는 검찰권이 공평타당하게 행사될 것이 불가결한 전제가 되므로 사법권의 독립을 확보하기 위해서는 검찰권도 입법권 및 다른 행정권으로부터 독립이 담보될 필요성이 있다. 따라서 책임정치의 원리에 따른 요청과 검찰권의 독립성 담보의 요청의 조화로서, 한편으로는 정부의 의회에 대한 책임에 있어서 검찰의 독선을 방지함과 동시에 다른 한편으로는 예컨대 정당의 이해나 사정에 의해 좌우되는 등 그 공평을 상실하는 운영에 빠지는 것을 피하기 위해 법무부장관의 검찰 전반에 대한 지휘감독권을 전제하면서도 검찰사무에 관한 지휘권 행사에 대하여는 제한을 가한 것으로서 검찰권행사에 관하여 정부의 부당한 간섭의 기회를 줄일 수 있음과 동시에 만일 그러한 부당한 간섭이 이루어진 때에는 검사총장의 책임으로 올바르게 처리하도록 한 것이고 설명된다.[15)]

4) 법무부장관의 지휘에 대한 검찰총장의 책임문제

일반적으로는 법률상 지휘권에 의해 발동되는 지시는 그것을 따르는 경우 범죄가 되는 경우와 같이 위법한 경우가 아니면 이에 따라야 한다는 점에 지휘권의 의의가 있다. 따라서 지휘권자의 지시에 대하여는 중대한 위법이 있는 경우는 그 위법여부에 대하여 지시를 받는 사람이 판단을 하여 따르지 않아도 되지만 합법인 한 그 타당성이나 적절성 여부에 관한 사유로 지시를 거부하여서는 안되는 것이다.[16)] 대신에 지시에 따르면 그 당부에 대한 책임은 지휘권자가 지며, 이에 따른 사람은 책임에서 벗어나는 효과가 있고 이것이 지시관계에서의 법적 효과이다.[17)]

---

15) 伊藤榮樹, 『檢察廳法逐條解說』, 良書普及會, 1986, 86-87面. 일본 검찰청법 입안과정에서 1947. 3. 19. 제92회 제국의회중의원본회의에서 사법대신 木村篤太郎은 제안이유를 설명하면서 검찰관은 종래와 마찬가지로 사법대신의 지휘감독에 따르지만 검찰권행사의 독립성을 담보하기 위하여 개개사건의 수사 또는 처분에 관해서는 사법대신은 검사총장만을 지휘할 수 있도록 되어 있다고 설명하였다.

16) Schmidt/Schoreit, *StPO-Karlsruher Kommentar*, C.H.Beck, 2004, GVG § 146 Rdnr. 11.

17) Schmidt/Schoreit, *StPO-Karlsruher Kommentar*, C.H.Beck, 2004, GVG § 146 Rdnr. 11.

그러면 검찰청법 제8조에서 법무부장관이 구체적 사건에 관하여 검찰총장을 지휘감독하도록 하고 있는 규정에 있어서도 이와 같은 일반적 규정에 따라 규정은 검찰총장이 법무부장관의 지휘를 따르면 부당한 지휘였던 경우에도 검찰총장은 면책되는가.

그렇지 않고 본 조는 검찰총장이 법무부장관과 대등한 지위에서 지시의 위법성이나 부당성에 대해 판단하도록 하여 정치적 영향력을 차단하고자 하는 의의가 있으므로 여기서 검찰총장만을 지휘한다는 제한문구의 규범적 의미는 법률상 지휘권행사와 관련된 법적 효과가 달라지는 점에 있다.

검찰총장만을 지휘한다는 것은 법무부장관의 지휘권행사에 대하여 그 지휘의 합법성이나 타당성 여부를 검찰총장이 스스로의 책임하에 검토하여야 할 의무와 권한을 부여하는 것을 의미한다. 즉 검찰총장은 법무장관의 지휘를 스스로 검토하여 다시 자신의 지휘로서 소속 검사에게 지휘를 하는 것이다. 즉 검찰총장이 법무장관의 지시를 받아들여 일선청에 그 지시를 하는 경우 이는 법무장관의 지시를 단순히 전달하는 것이 아니라 검찰총장 자신의 지휘로서 지시하는 것이 된다. 따라서 법무장관의 지휘를 수용하여 소속검사에게 지시하는 경우 검찰총장은 그 지시에 대하여 스스로 책임을 지는 것이며, 이에 따른다고 하여 그 책임이 법무장관에게 이전되는 것이 아니다.

5) 검찰권 행사의 적법성 통제수단으로만 사용되어야 하며, 검찰총장은 대등한 지위에서 적법성을 판단할 수 있다.

이와 같이 검찰청법 제8조는 법무부장관의 검찰에 대한 구체적 사건의 지휘는 다른 행정부처와 달리 아무 경우나 발동되는 것이 아니라 검찰권 행사가 위법하여 이를 그대로 둘 수 없는 경우에 검찰총장의 지휘권으로도 시정되지 않은 최후의 경우에 발동되어야 한다. 또한 검찰총장은 그 지휘권 행사에 대해서 대등한 지위에서 그 적법성 여부를 판단할 수 있다.

마. 법무부장관과 검찰총장의 이견대립시의 문제

1) 협의 단계의 해결

일반적으로는 법무부장관과 검찰총장의 의견이 다른 경우 검찰총장으로서는 자신의 의견을 법무부장관에게 개진하고 협의하면서 서로의 오해나 견해차이를 좁히고 해결을 보게 될 것이다. 이 상황은 법무부장관의 지휘권이 발동되는 단계가 아니며 그 전의 협의 단계에서 해결되는 것이다.

2) 지휘권 발동은 이견이 해소되지 않음을 나타내므로 정치적 문제상황이 된다.

그러나 그와 같은 단계를 거쳤음에도 법무부장관과 검찰총장 사이의 의견이 좁혀지지 않고 끝까지 대립되는 극단적인 상황이 발생한 경우에는 법무부장관이 자신의 의사를 관철시키기 위해서 지휘권을 발동할 것인데 이 때 이 지휘권발동에 대해 검찰총장은 어떻게 대응해야하는지는 정치적으로 어려운 문제상황을 야기한다.

3) 검찰총장의 대응 방법

검찰총장이 법무부장관의 지휘와 다른 의견인 경우에 검찰총장이 취할 수 있는 방법으로는 ① 불복이지만 그 지휘를 수용하여 따르는 방법, ② 지휘에 따르지 않고 이에 반하는 지휘를 검찰내부에 하는 방법, ③ 사직하는 방법을 생각할 수 있다.

첫째 방법은 검찰청법 제8조에서 구체적 사건에 관하여는 검찰총장만을 지휘감독한다는 문구에 특별한 의미를 부여하지 않고 지휘감독의 통로만을 규정한 것으로 보며 검찰총장은 국가공무원법 제57조[18] 규정에 따라 소속 상관인 법무부장관의 지시에 복종하면 된다고 해석하는 것이다.

그러나 검찰청법이 구체적 사건에 관하여 법무부장관의 지휘권발동을 검찰총장을 통해서만 하도록 한 취지가 검찰권의 사법적 성격을 고려하여 검찰총장이 정치적으로 부당

18) 국가공무원법 제57조 : 공무원은 직무를 수행할 때 소속 상관의 직무상 명령에 복종하여야 한다.

한 간섭에 대항하여 검찰권의 독립성을 지키도록 한 것으로서 특별한 의미를 갖는다는 점에서 보면 법무부장관의 지시에 대해 검찰총장이 일반공무원의 지휘관계와 같이 이를 수용해야한다고 해석하는 것은 타당하지 않다고 본다.

앞에서 본 바와 같이 검찰청법 제8조에 의하면 법무부장관의 지시가 부당한 경우 검찰총장이 이를 수용하면 국가공무원법에 따라 면책되는 것이 아니라 검찰청법에 따라 스스로도 부당한 지시를 한 책임을 지게 된다. 그러므로 부당한 지시를 한 검찰총장이 검찰을 더 이상 지휘하기 어려울 것이어서 그 직을 유지하기 어려울 것이다.

그렇다면 두 번째 방법과 같이 검찰총장이 법무부장관의 지시가 부당하다고 생각하는 경우 이를 수용하지 않고 이에 반하는 지휘를 검찰내부에 행할 수 있다고 할 것인가. 검찰총장이 법무부 장관의 지시를 거부할 수 있다고 한다면 국민에 대한 책임과 지휘로 연결되는 민주적 정당성에 공백이 생기고 이는 법치주의적으로 문제가 발생하였을 때 이를 시정할 수 없다는 문제가 발생한다.

사견으로는 검찰청법 제8조는 검찰권의 독립성을 존중하면서도 검찰권 행사의 민주적 정당성을 보장하기 위한 수단이므로 법무부장관의 지시권을 제한적으로 인정한 것이므로 법무부장관은 검찰권이 남용되어 민주주의 원리나 법치주의적으로 볼 때 도저히 용인할 수 없는 상황에서 이를 시정하기 위한 수단으로서 지시권을 행사하여야 하며 그러한 경우가 아닌 한 검찰총장이 지휘하는 검찰의 의견을 존중하여야 한다고 본다. 따라서 검찰총장은 법무부장관의 이러한 영역에서의 지휘는 이를 따라야 하며 그러한 영역이 아니라면 이를 거부할 수 있다고 본다.

이 경우 법무부장관과 검찰총장간의 대립은 정치적 문제를 발생시키며 결국 정치적으로 해결될 수밖에 없을 것이다. 즉 법무부장관의 지시가 적정하였는지 아니면 검찰총장의 거부가 적정하였는지는 국회 등을 통해 국민들에게 그 취지가 전달되고 국민들이 판단할 것이다.

셋째로 검찰총장이 법무부장관의 지시에 대한 조치는 하지 않고 사직하는 방법은 지시가 부당하다는 점을 대외적으로 표시할 수 있는 수단은 될 수 있으나 그 지시에 대한 조치가 행해지지 않는다는 점에서 적절해보이지 않는다.

Ⅲ. 사례 검토

1. 일본의 조선의옥사건(造船疑獄事件)[19] 사례

먼저, 일본에서의 사례로 1954. 4.의 조선의옥사건(造船疑獄事件) 사례가 있다. 이 사건은 법무부장관의 지휘권을 검찰총장이 그대로 수용한 경우이다.

당시 동경(東京)지방검찰청에서는 1953년부터 정부와 여당인 자유당에 대한 해운, 조선업계의 중수뢰 사건을 수사하였다. 1954. 2. 23. 자유당 부간사장인 有田二郎에 대해 청구된 체포영장에 대해 중의원에서 이를 허락하였고, 이어서 중의원과 참의원의 4명의 의원의 체포가 허락되었으며 자유당 정치가들이 조사를 받게 되었다. 이후 검찰에서 자유당 간사장인 佐藤榮作의 제3자 수뢰 등 사건과 관련하여 佐藤 간사장에 대해 체포영장을 청구하고자 하였는데 제5차 吉田茂內 내각의 犬養健 법무대신이 佐藤藤佐 검사총장에게 검찰청법 제14조에 의함을 명시하면서 사건의 법률적 성격과 중요법안심의의 상황에 비추어 잠시 체포영장청구를 보류하고 임의수사를 계속하라는 지시를 하였다.

이에 대해 검사총장은 일본 검찰청법 제14조에 대해 법무대신의 지시를 수용해야 한다는 해석하면서 법무대신의 지시를 수용하고 체포영장청구를 하지 않고 임의수사를 하기로 하였다.

그러면서도 "검찰청법 제14조에 기한 검사총장에 대한 지휘라는 것은 전례가 없었던 법무대신의 권한발동이다. 앞으로 검찰진이 수사를 계속함에 있어 상당한 곤란이 있을 것으로 생각된다. 검찰진의 사기에도 영향을 미칠 것으로 생각되며 제14조의 발동에 대

19) 조선오직사건(造船汚職事件)이라고도 한다.

해서는 진실로 유감으로 생각한다." 는 취지의 담화를 발표하였다.[20] 이후 여론의 비난을 받아 1954. 4. 23.에 犬養 법무대신이 사직하였으며 吉田 내각에 대한 민심이 이반되었다.

이후 검찰에서 계속 수사를 하였으나 결국 佐藤 간사장에 대한 수뢰혐의사실에 대한 증거를 확보하지 못하여 기소하지 못하였으며 이에 대해 1954. 6. 16. 검사총장이 담화에서 "지휘권이 발동된 결과 그 후는 검찰청으로서는 부득이 임의수사에 의하여 그 범위 내에서 전력을 다하여 지금까지 이미 피의자와 관계자 등 70여명을 조사하였다. 그런데, 그 사이에 구속중인 증뢰피의자는 보석, 기타 사유로 이미 석방되어, 수뢰피의자의 조사를 상대방 및 관계인과 자유로이 다니면서 담합할 수 있는 상태에서 진행할 수밖에 없는 상태가 되었다. 처음부터 검찰청으로서는 부과된 사명의 중대성을 통감하고 그 후에도 계속하여 가능한 한 수사를 속행하여 사안의 규명을 위해 노력해왔으나 이미 범죄의 수사에 있어 매우 중요한 의의를 갖는 피의자의 체포시기를 놓친 현단계에서는 佐藤은 이제와서 체포하더라도 도저히 당초의 수뢰혐의사실에 대해 기소하기에 충분한 증거수집을 기대할 수 없는 지경이 이르렀다."고 언명하였다.[21] 중의원은 1954. 9. 6. 검사총장을 의원에서 증언하게 하였는데 검사총장은 지휘권발동에 의해 수사에 지장이 있었다고 증언하였다. 그 후 민심이반으로 1954. 12. 9. 吉田 내각이 총사퇴하였다.

2. 이승만 정부의 임영신 장관 사건 사례

1949. 4. 이승만 정부 시절 서울지검에서 수사한 임영신 상공부 장관의 독직사건 사례가 있는데 이 사례는 검찰총장이 법무부장관의 지시를 거부한 사례이다.

당시 감찰위원회에서 임 장관을 업무상횡령, 사기, 수뢰 등의 혐의로 파면결정과 함께 검찰에 고발하였고 임 장관은 자신의 모르는 사실이라고 관여사실을 부인하고 있었다.[22] 서울지검에서 이를 수사하여 임 장관의 여동생을 구속하고, 경북도청 상공국장, 조선방

20) 伊藤榮樹, 前揭書, 102面.
21) 伊藤榮樹, 前揭書, 103面.
22) 경향신문 1949. 4. 5.자.

직공사 서울지점장이 기소되고 임 장관의 비서가 구속되는 등으로 수사가 진행되었고[23] 1949. 5. 28. 임 장관을 기소함으로써 이 사건으로 총 18명을 기소하였다.[24]

그런데 당시 임 장관을 기소여부에 대해 이인 법무부장관이 불기소의 지시(최대교 검사장은 기소유예를 지시하였다고 하나 이인 장관은 정치적 해결을 위해 기소를 미루라고 지시하였다고 한다)를 하였는데[25] 권승렬 검찰총장, 최대교 검사장이 이 지시 에 불복하고 임영신 장관을 불구속 기소하였고[26] 이에 이인 장관은 1949. 5. 31. 사표를 제출하였다.[27]

3. 2005년 강정구 교수 사건 사례

2005년에 강정구 교수에 대한 국가보안법위반 사건 수사시에 천정배 법무부장관이 김종빈 검찰총장에게 불구속 수사하라는 지시를 한 일이 있다.

일선청인 서울중앙지검과 검찰총장의 의견은 사안의 성질상 구속수사의견이었고 법무부장관과 검찰총장의 이견이 끝까지 대립되자 법무부장관이 서면으로 검찰총장에 대해 지시함으로써 지휘권이 발동되었다. 그러자 김종빈 검찰총장은 이를 수용하고 서울중앙지검에 불구속 수사 지시를 한 후 사직을 하였다.

당시 김종빈 검찰총장은 퇴임사에서 "법무부장관이 피의자의 구속여부에 대한 구체적 수사지휘권을 행사한 것은 검찰의 정치적 중립을 훼손할 우려가 있다는 점에서 심히 충격적인 일 이었다"고 하면서 "그러나 지휘권 행사가 부당하다고 거부하면 법집행 기관인 검찰총장이 법을 어기게 되고 검찰은 통제되지 않는 권력기관이라는 비판을 받을 수 있

23) 경향신문 1949. 5. 6.자.

24) 경향신문 1949. 5. 29.자. 재판결과 임영신 장관은 1949. 9. 17. 1심에서 무죄판결을 받았다.

25) 문준영, "검찰중립과 화강 최대교- 임영신 상공부장관 독직사건과 최대교-", 법학연구, 전북대학교법학연구소, 2007, 139-141면.

26) 최대교 검사장은 기소, 불기소의 결정은 검사의 전속적 권한이니 법무부장관이 구체적 사건의 기소, 불기소에 관여하는 것은 불가하다는 취지의 회신을 검찰총장을 경유하여 법무부장관에게 보냈다고 한다. 동아일보 1984. 3. 7.자, '법에 사는 사람들(6)'.

27) 동아일보 1949. 6. 2.자.

어 법무장관의 수사지휘권 행사에 대한 정당성 평가는 국민들의 몫으로 남기고, 수사지휘를 수용한 후 검찰의 정치적 중립을 지키지 못한 채 자신은 사퇴하는 것이 가장 원만한 해결방법이라고 생각했다"고 사퇴이유를 설명했다. 또한 "이번 사태에서 경험했듯 정치가 검찰수사에 개입하고 권력과 강자의 외압에 힘없이 굴복하는 검찰을 국민은 결코 바라지 않는다"고 하였다.[28)]

4. 사견

먼저 일본의 조선의옥사건이나 우리나라의 강정구 교수사건에서와 문제된 수사방법으로서의 체포여부, 구속, 불구속수사 여부는 위법의 영역이 아니고 타당성의 영역이므로 일반적인 지시권의 영역이라면 따라야 하는 영역이다.

그런데 검찰권의 사법적 성격을 감안하면 법무부장관의 지시권은 검찰권행사가 위법하거나 심히 부당하여 도저히 묵과할 수 없는 경우에만 극히 제한적으로 행사되어야 하며 체포, 구속, 불구속과 같은 수사의 방법상 문제는 이와 같이 검찰권이 남용되는 상황이 아닌 한 검찰에 맡겨져야 하는 것이라는 것이 법무부장관의 지휘권을 제한하려는 검찰청법 제8조의 취지이다.

그러므로 이러한 관점에서는 법무부장관의 지시권행사는 검찰청법 제8조에 의한 법무부장관 지시권의 제한영역을 넘은 부당한 지시였고 권한범위를 넘었다는 점에서는 위법하기까지 하다고 본다. 그러므로 수용하는 것은 적절하지 않다.

그런데 우리나라에서 강정구 교수의 국가보안법위반사건에서는 김종빈 검찰총장은 지시를 수용하면서 사직하였다. 이 방법은 당시의 상황을 고려한 것이었다. 당시에는 법무부장관의 지휘권의 범위나 검찰청법 제8조의 취지에 대한 연구나 공감대가 많이 형성된 상태가 아니어서 검찰총장이 이를 수용하지 않으면 법에 정해진 장관의 지시도 따르지 않는 무소불위의 검찰이라는 식으로 비난될 정치적 부담을 고려할 수밖에 없었다고 본다.

28) 조선일보 2005. 10. 17.자; 법률신문 2005. 10. 17.자.

그래서 퇴임사에서도 "지휘권 행사가 부당하다고 거부하면 법집행 기관인 검찰총장이 법을 어기게 되고 검찰은 통제되지 않는 권력기관이라는 비판을 받을 수 있어"라고 언급하고 있다. 그렇지만 앞에서 본 바와 같이 검찰청법 제8조의 취지상 검찰총장이 법무부장관의 부당한 지시를 수용하여 검찰내부로 지시를 하는 경우 검찰총장은 내부적으로 부당한 지시를 한 책임에서 면하지 못하므로 더 이상 검찰을 지휘하기도 어려울 것이어서 사직할 수밖에 없었던 선택이었다. 퇴임사에서 "수사지휘를 수용한 후 검찰의 정치적 중립을 지키지 못한 채 자신은 사퇴하는 것이 가장 원만한 해결방법이라고 생각했다"고 하는 부분이 그 취지이다.

한편, 1949년의 임영신 장관 사건에서 권승렬 검찰총장과 최대교 서울지검장이 법무부장관의 지시를 거부한 사례에 있어서 검찰의 기소가 검찰권의 남용이라든가 민주주의나 법치주의를 훼손하는 경우라면 법무부장관도 이를 시정하기 위한 지시를 할 수 있다고 할 것이지만 당시의 상황이 이러한 경우가 아니므로 법무부장관의 지시는 지휘권의 범위를 넘는 것이다. 그러므로 당시에 이를 거부한 것은 적절하였다고 본다. 그렇지만 검찰총장이 장관의 지시를 거부하고 그 직을 그대로 유지하기도 어려울 것으로 보이고 법무부장관 또한 지휘권 행사를 적절히 하지 못한 정치적 책임으로부터 자유로울 수 없을 것으로 보인다.[29)]

그러므로 현실에서 법무부장관과 검찰총장의 의견이 대립되는 상황이 해결되지 않고 장관의 지시권이 행사되는 것은 법무부장관이든 검찰총장이든 직을 물러나야 하는 정치적 문제가 될 것이므로 극히 예외적으로 행사될 수밖에 없다.

Ⅳ. 추미애 장관의 지휘권 행사 검토

1. 전문수사자문단 절차 중단 지시

먼저, 검찰권의 사법적 성격을 감안하면 법무부장관의 지시권은 검찰권행사가 위법하

29) 이 당시는 이인 장관이 사퇴하였다.

거나 심히 부당하여 도저히 묵과할 수 없는 경우에만 극히 제한적으로 행사되어야 하며 그 이전에는 검찰총장의 지휘감독권에 의한 검찰권 행사를 존중하여야 한다.

이 사건의 경우 서울중앙지검의 수사팀과 지휘감독을 하는 대검찰청과의 사이에 범죄의 성립여부나 수사방법 등에 관하여 이견이 있었다. 이러한 경우 검찰의 최고책임자이고 지휘권자인 검찰총장이 사건 자체에 대한 지휘권을 행사할 수도 있으며 이러한 방법이 종래에 사용되던 방법이었다.

그런데 전임은 문무일 검찰총장 시기에 수사팀과 감독청인 대검찰청의 이견대립이 있는 경우 수사심의위원회나 전문수사자문단 등 일반 시민이 참여하는 제3의 기구의 자문을 받아보는 제도를 자체적으로 도입하였다.

윤석열 검찰총장이 중앙지검과 대검의 이견이 있어 이를 결정하기 위해 제3의 기구의 자문을 받아보자고 한 것은 이러한 제도가 없던 시절에 검찰총장이 지휘를 하여 자신의 의사를 관철시키던 예를 비교해보면 오히려 합리적인 제안이었다고 생각되며 그 타당성에 대해서 사견과 다른 견해가 있을 수는 있으나 **적어도 이를 위법한 지시라고는 할 수 없다.**

그러므로, 이러한 상황에서는 법무부장관은 검찰총장의 지휘감독에 의한 검찰 자체의 해결을 존중하고 기다려야 했다고 본다. 앞에서 설명한 바와 같이 법무부장관의 구체적 지휘권은 적법성 통제의 수단으로만 행사되어야 하므로 이와 같이 위법한 상태가 아닌 적절, 부적절의 영역에서는 법무부장관은 구체적 지휘권을 발동해서는 안된다.

2. 검찰총장의 지휘권 배제 지시

다음으로, 서울중앙지검 수사팀이 대검찰청 등 상급자의 지휘감독을 받지 않고 독립적으로 수사한 후 결과만 검찰총장에게 보고하도록 조치할 것을 지휘한다는 내용은 검찰총장의 지휘권을 배제하는 내용이다.

그러나 검찰청법 제8조는 법무부장관의 지휘권을 검찰총장만을 지휘하도록 하고 있어 검찰총장의 존재를 전제로 하고 있다. 즉, 법무부장관이 검찰총장에 구체적 지휘를 하면 그 지휘를 받은 검찰총장이 그 지휘의 적법성 판단을 한 후에 이를 다시 일선 검찰청 검사에게 지휘를 함으로써 지휘가 실행된다. 그러므로, 법무부장관이 검찰총장의 지휘권을 배제하는 지휘는 검찰청법 제8조의 한계를 벗어난 위법한 지휘라고 생각된다.

또한, 검찰청법 제8조가 검찰총장에게 법무부장관과 대등한 지위에서 지휘의 적법성을 판단하여 검찰의 정치적 중립성을 지키라는 역할을 부여한 것이며 이에 따라 검찰총장도 장관급으로 예우하고 있는 점을 고려하면 법무부장관이 검찰총장이 지휘하지 말라는 식으로 지휘권을 배제하는 지휘는 그 내용상으로도 극히 부적절하다. 장관급 공직자 사이에 행해질 수 있는 존중과 자제의 모습이 전혀 보이지 않으며 검찰총장에게 모욕을 주는 정도로 생각된다. 모욕을 주어 스스로 사임을 할 것을 바라고 하는 지휘가 아닌가 하는 의문이 들 정도이다.

V. 대안 검토

법무부장관의 구체적 사건 지휘권이 정치적 목적에 의해 검찰권 행사에 정치적 영향력을 행사하는 수단이 될 수 있다는 우려가 있고 이에 따라 구체적 사건 지휘권을 폐지하여야 한다는 주장도 제기되고 법안도 제출되어 있다.

그러나, 헌법상 민주주의 원리에서 도출되는 민주적 정당성과 의회에의 책임이라는 관점에서 보면, 국민의 대표기관인 의회가 검찰권 행사의 남용에 대해 통제할 수 있는 장치를 갖추어야 한다는 원리도 무시할 수 없다. 따라서 그 수단으로서의 법무부장관의 구체적 지휘권을 폐지하는 경우 민주적 정당성의 고리를 다른 방법으로 만들어주어야 한다.

새로운 방식으로는 검사장 직선제와 같이 선출에 의한 민주적 정당성을 부여하는 방

법도 생각할 수 있으나 이는 지방자치의 문제와 관련이 있고, 현행 헌법상으로는 검찰권 행사는 지방자치사무로 보기 어려우므로 헌법상 문제가 있다.

따라서 법무부장관의 구체적 지휘권은 민주적 정당성의 장치로서 유지하되, **지휘권 행사의 요건으로서 '검찰권 행사가 위법하여 이를 시정하기 위해 필요한 때'라는 문구를 추가하여 적법성 통제수단으로서의 성격을 명확히 하는 방법이 타당하다고 생각된다.** 법문으로 명확히 하지 않으면 해석론이나 스스로의 자제로 해결되지 않는 것이 우리나라의 실상이므로 법률을 개정하여 명확히 할 필요가 있다.

법무부장관 지휘권 사태와 검찰 독립성 : 문제점과 대안

| 토론 |

김 상 겸
동국대학교 법대 교수

Ⅰ. 들어가는 말

법무부장관과 검찰총장은 행정부 소속의 기관장이다. 그런데 법무부장관과 달리 검찰총장은 행정기관이지만 형사절차에 있어서 소위 준사법기관인 검찰청의 장이다. 이런 이유로 정치적 이해가 걸린 중요한 형사사건에서 양자의 견해가 일치하지 않는 경우 갈등이 유발될 수 있다. 물론 정부조직법상 검찰청은 법무부 소속이고 법무부가 상위기관이다. 그렇지만 형사사건에서 검찰은 국가를 대표하여 수사기관으로서, 또는 재판에서 원고로서 기능하고 있다.

양 기관의 갈등은 어제오늘의 일은 아니다. 주지하는 바와 같이 우리나라처럼 정치권력이 국가기관의 작용에 영향을 미치는 국가는 외형적인 법치 이면에 정치가 항상 도사리고 있다. 물론 정치가 법치를 좌우한다고 볼 수 없고, 정치가 모든 것을 재단할 수도 없다. 그런데도 국가작용에 정치적 영향력이 커질수록 법치는 축소될 수밖에 없다. 그래서 독일에서도 다수의 공법학자가 법치국가는 독일을 벗어나기 어렵다고 하였다.

법치의 전제는 인간의 이성이고, 이성이란 일반적으로 사유하고 판단하는 능력을 말하는 것으로 진위, 선악을 식별하여 바르게 판단하는 능력이라고 할 수 있다. 그렇다면 법치가 되기 위한 전제로 법은 정당한 법이어야 한다. 정당하다는 것은 이치에 맞아 올바르고 마땅하다는 것으로 정당한 법이란 올바르고 정의로운 법이어야 한다는 것이다. 그래서 법이 정당하지 못하면 법치는 외형적이고 형식적인 법치가 될 수밖에 없다.

「검찰청법」 제8조에 규정된 법무부장관의 구체적 사건에 대한 검찰총장 지휘 · 감독권에 대한 논란은 이 규정의 목적이나 취지를 정치적으로 해석할 것인지 규범적으로 해석할 것인지, 아니면 양자를 적당히 융합하여 해석할 것인지에 대한 문제라고 볼 수 있다. 이와 관련하여 발제문은 이 규정이 도입된 이유와 규범적 측면 · 현실적 측면을 잘 정리하고 있다. 발제문은 독일과 일본의 예를 들면서 독일은 법무부장관 검찰총장 지휘권을 언급하면서 검찰권 행사가 심히 부당하여 묵과할 수 없는 경우에만 극히 제한적으로 행사되고 있다고 하고, 일본은 우리나라와 규정이 비슷하다고 한다.

발제문에서도 적시하고 있듯이「검찰청법」제8조의 의미는 법무부장관이 일반적으로 검사를 지휘·감독하지만, 구체적인 사건에서는 검찰총장만 지휘·감독함으로써 구체적 사건에서는 지휘·감독권을 제한하겠다는 것이다. 그런데 이 규정은 구체적인 사건에서 법무부장관의 지휘·감독권을 제한하고 있지만, 그 지휘·감독권을 관련 법체계에서 해석해야 한다는 점에서 문제가 되고 있다. 특히 이는 정치권력의 검찰에 대한 영향력과 관련하여 검찰의 중립성과 독립성 확보에서 가장 핵심적인 문제이기 때문에 더욱 중요한 의미를 갖는다.

Ⅱ. 관련 법규정과 민주적 정당성

법무부장관의 검찰지휘권은 1949년「검찰청법」이 제정되면서부터 시작되었다. 당시 「검찰청법」제14조는 "법무부장관은 검찰사무의 최고감독자로서 일반적으로 검사를 지휘감독한다. 구체적사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘감독한다."라고 규정하고 있었다. 이 규정은 1986년「검찰청법」이 전부개정되었을 때 제8조로 변경되었고, 현행「검찰청법」에서도 그대로 유지되고 있는데, 내용도 전혀 변경되지 않았다.

법무부와 검찰은 권력분립원칙에 따른 행정부 소속의 국가기관으로「정부조직법」은 제32조에 법무부를 규정하면서 제1항에서는 검찰사무를 법무부장관이 관장한다는 것을 규정하였고, 제2항에서는 검찰청을 법무부장관 소속으로 하고 제3항에서는 검찰청법의 근거를 규정하고 있다. 정부조직법은 검찰청이 법무부장관 소속의 청이며, 법무부장관이 검찰사무를 관장한다고 규정하고 있다.

이상의 관련 법규정을 보면 법무부장관의 검찰지휘권은「정부조직법」에 따라 검찰이 법무부의 소속기관이고 검찰사무를 관장하는 권한에서 오는 당연한 결과이다. 물론 검찰의 성격이 조직으로는 행정부 소속이고, 업무에서 보면 형사사법을 실현하는 사법기관으로 볼 수 있어서 복합적이라고 볼 수 있다. 그렇지만 권력분립원칙에 따르면 그 조직은 분명히 행정부에 속하며 형사절차에서 수사·기소권을 갖고 있다고 하여도 행

정기관임에는 변함이 없다.

법무부장관의 검찰지휘권을 규정하고 있는「검찰청법」제8조는「정부조직법」제32조에 근거하고 있다.「검찰청법」은 제12조에 검찰총장을 규정하고, 제2항에서 "검찰총장은 대검찰청의 사무를 맡아 처리하고 검찰사무를 총괄하며 검찰청의 공무원을 지휘·감독한다."라고 하여, 법무부 소속의 대검찰청이 검찰업무를 총괄하고 있다. 이렇게 조직체계상 검찰청이 법무부의 소속기관이란 점에서 보면, 법무부장관의 검찰지휘권은 관련 법규정에 근거하는 당연한 권한이다.

우리나라는「헌법」제1조 제2항 후문에서 "모든 권력은 국민으로부터 나온다."라고 하여 국민주권과 함께 대의제 민주주의를 채택하고 있음을 선언하고 있다. 이에 따라 「헌법」제41조와 제67조는 국민의 대표기관을 선거로 선출하도록 하고 있다.「헌법」제66조 제4항은 권력분립원칙에 따른 행정부의 수반으로 대통령을 규정하고 있다.「헌법」제78조는 대통령에게 헌법과 법률에 따른 공무원 임면권을 부여하고 있다. 그리고「헌법」제94조는 행정각부의 장 임명권을 대통령의 권한으로 규정하고, 제96조는 "행정각부의 설치·조직과 직무범위는 법률로 정한다."라고 하여,「정부조직법」의 헌법적 근거를 마련하였다.

법무부장관은 선출직 공무원으로 국민의 대표인 대통령에 의하여 임명되는「국가공무원법」제2조 제3항 제1호의 정무직공무원이다, 민주적 법치국가에서 선거로 선출된 대통령에 의하여 임명되는 법무부장관은 형식적이라고 하여도 민주적 정당성에 근거하여 헌법과 법률에 따라 권한을 행사한다. 그래서 법무부장관의 권한행사에 대하여 법무부 소속기관인 검찰이 따르는 것은 비민주적이라고 말할 수 없다.[1)]

국가기관의 권한은 오직 국익 또는 국민의 이익, 공익과 공공복리를 위해서만 행사해야 한다. 그런 점에서 법무부장관의 검찰지휘·감독권은 공익을 위해서만 행사되어야 한다.「검찰청법」제4조를 보면 검사는 공익의 대표자이고, 그 직무를 수행할 때 국

1) 이석배, "검찰의 독립성과 중립성확보 방안", 법학논총 제38권 제4호, 단국대학교 법학연구소, 199면.

민 전체에 대한 봉사자로서 정치적 중립을 지켜야 하며 주어진 권한을 남용하여서는 아니 된다는 것을 명시하고 있다.

「검찰청법」에 따라 검사는 정치적 중립을 준수하며 주어진 권한을 행사해야 한다면, 정치적 공무원이라고 할 수 있는 법무부장관이 검찰지휘·감독권을 행사하더라도 정치적인 고려 없이 행사해야 하는 문제가 있다. 그런데 「검찰청법」은 제8조에서 법무부장관이 개별사건에서 검찰총장에 대하여 일반적 지휘·감독만 가능하도록 하고 있다. 이 규정은 구체적 사건에서 법무부장관의 직접적인 지휘를 금지하여 검사의 독립적·중립적 검찰권 행사를 보장하기 위한 것이지만,[2] 현실에서는 법무부장관의 검찰총장에 대한 지휘는 개별사건에서 검사에게 실질적으로 영향을 미칠 수밖에 없다는 문제를 안고 있다.

검찰의 정치적 중립과 독립을 위하여 법무부장관의 검찰지휘권 폐지를 논하는 것은 조직체계상 법무부와 검찰 간의 관계 때문이다. 그런데 독일의 경우를 보더라도 법무부장관의 검찰지휘·감독권은 사법절차에서 정치권력의 이해관계에 따라 검찰권을 사용하기 위한 핵심적인 도구였던 것이다.[3] 그래서 「검찰청법」 제8조가 있는 한은 검찰의 정치적 중립이나 독립은 현실적으로 불가능하다고 볼 수 있다.[4]

Ⅲ. 법무부장관의 검찰지휘·감독권 개선 방안

현행 법체계에서 법무부장관의 검찰지휘·감독권을 삭제하거나 폐지하는 것은 불가

2) 「검찰청법」 제8조에 따라 법무부장관의 검사에 대한 지휘·감독권을 제한하는 이유는 ① 검찰의 독선을 방지하고, ② 행정권의 일부로서 검찰권의 행사에는 국가의 행정의사를 반영하고 그 정치적 책임소재를 분명히 하며, ③ 임기제에 의하여 신분보장이 되는 검찰총장을 완충지대로 하여 정치세력과 행정권으로부터 검찰의 독립성을 보장하기 위한 것이라고 한다. 이에 대해서는 이천현,"검찰청법 제8조의 법적문제", 한양법학 제18집, 한양대학교 법학연구소, 2005. 12, 67면 이하 참조.

3) 이석배, 앞의 논문, 200면 이하.

4) 이 부분은 그동안 다수의 시민단체가 주장했던 것이다. 김희수·서보학·오창익·하태훈, 「검찰공화국, 대한민국」, 삼인, 2011, 253면; 이호중,"검찰에 대한 민주적 통제와 검찰개혁의 과제", 서강법학연구 제9권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2007, 64면 등 참조.

능하고, 이를 엄격하게 제한하는 개정도 쉽지 않다. 그런데 「검찰청법」 제8조가 법무부장관의 수사 개입을 차단하기 위한 방법으로 구체적 사건에서 검찰총장에 대해서만 지휘 · 감독권 행사는 현실에서는 입법취지와 다른 결과가 나타나고 있는 것은 현실이다. 그럼 이를 어떻게 해결하는 것이 「헌법」 이 요구하는 국가권력의 민주적 정당성을 확보하고 민주적 법치국가원리에 부합되는 것인지 검토해야 한다.

먼저 현행 관련 법규정들을 그대로 유지하는 가운데 국가기관의 규범준수의지를 실천하는 것이다. 그런데 이는 역사적 경험에서 보듯이 불가능하다고 볼 수 있다. 대의제 민주주의에서 선거를 통하여 선출된 국민의 대표기관이 자신의 정치적 의사를 담은 정책을 추진하는 것은 헌법의 테두리 내에서 충분히 가능하다고 볼 수 있다.

「정부조직법」 제32조에 따라 검찰청은 법무부장관 소속기관이다. 「국가공무원법」 제57조는 "공무원은 직무를 수행할 때 소속 상관의 직무상 명령에 복종하여야 한다."라고 하여 공무원의 직무상 상명하복의무를 규정하고 있다. 법무부장관의 직무상 명령에 검찰은 복종해야 한다. 물론 검찰은 법무부장관의 직무상 정당한 합법적 명령에만 복종할 의무가 있다.

발제문은 법무부장관의 구체적 사건 지휘권이 정치적 목적에 의해 검찰권 행사에 정치적 영향력을 행사하는 수단이 될 수 있다는 점에서 구체적 사건 지휘권을 폐지한다면, 검찰권의 행사에 대한 「헌법」 상 민주주의 원리에서 도출되는 민주적 정당성을 부여하기 어려워지는 문제가 있다고 한다. 그래서 발제문은 결론적으로 법무부장관의 구체적 지휘권은 민주적 정당성의 장치로서 유지하지만, 지휘권 행사의 요건으로서 "검찰권 행사가 위법하여 이를 시정하기 위해 필요한 때"라는 문구를 추가하여 적법성 통제 수단의 성격을 명확히 하는 방법이 타당하다고 주장한다.

발제문은 법무부장관의 구체적 사건에서 검찰총장에 대한 지휘권에 검찰권 행사의 위법을 시정하기 위한 조건을 규정하여 법무부장관의 정치적 목적을 차단할 수 있다고 본다. 물론 발제문의 개선 방안은 상당히 합리적이라 생각한다. 그런데 현행 법체계에

서 법무부장관의 검찰지휘 · 감독권은 「헌법」을 위시하여 「국가공무원법」, 「정부조직법」 및 「검찰청법」 등에 근거하는 것이기 때문에 이를 부정할 수 없다. 그리고 「검찰청법」 제8조를 삭제한다고 법무부장관의 검찰지휘 · 감독권이 부정되는 것도 아니다.

검찰의 민주적 정당성은 수사 · 기소권의 합헌적 행사에 달려있는 것이고, 조직과 권한의 민주적 정당성은 구분되어야 한다. 검찰의 민주적 정당성은 「헌법」과 「국가공무원법」, 「정부조직법」 및 「검찰청법」 등 실정법의 체계를 통하여 형성되는 것이지, 법무부장관의 검찰지휘 · 감독권을 규정하고 있는 「검찰청법」 제8조가 있기 때문이 아니다. 국가에 형벌권을 주고 있는 것은 「헌법」에 근거하는 것이기 때문이다.

「검찰청법」 제4조는 검사가 공익의 대표자이며 직무수행에 있어서 정치적 중립을 준수하고 직권을 남용해서는 안 된다고 규정하고 있다. 그렇다면 형사정책의 수립과 추진, 검찰사무에 있어서 행정적인 부분을 제외한 수사와 기소 등 형사절차에 있어서는 정치적 공무원인 법무부장관의 지휘 · 감독은 오히려 「헌법」이 요구하는 검찰의 수사와 기소에 있어서 정치적 중립과 독립에 위배될 소지가 더 크다. 이런 점을 고려할 때 「검찰청법」 제8조는 오히려 일반 검찰사무에 대한 법무부장관의 검찰지휘 · 감독권으로 제한하는 것이 바람직하다고 본다.

법무부장관 지휘권 사태와 검찰 독립성 : 문제점과 대안

| 토론 |

이 호 선
국민대학교 교수

검찰총장에 대한 임명직 각료인 법무장관의 수사지휘권을 헌법적 원리에 근거하여 정당성과 적법성의 측면에서, 그리고 독일과 일본 등의 다양한 사례를 들어서 심도있게 분석하고, 대안까지 구체적으로 제시한 발제 잘 들었습니다. 감사합니다.

대부분의 내용에 관하여 발제자의 의견에 동의합니다.

우선 법무부장관의 지휘권은 검찰권의 사법적 성격을 감안하면 검찰권행사가 위법하거나 심히 부당하여 도저히 묵과할 수 없는 경우에만 극히 제한적으로 행사되어야 한다는 점, 그리고 검찰청 법 제8조를 법무부장관의 지휘권을 창설하는 규정이 아니라 제한하는 규정으로 이해해야 한다는데 전적으로 동의합니다. 말씀하신 바와 같이 정부조직법에 따라 장관의 소관 공무원들에 대한 지휘감독권이 인정되기 때문에 굳이 이 규정이 없더라도 일반적인 지휘감독권은 인정되기 때문입니다. 따라서 검찰청 법 제8조에 따라 어떻게 하면 장관이 검찰총장을 지휘할까 고민할 것이 아니라, 어떻게 하면 자제할까 해석해야 함이 마땅한 것입니다.

그리고 그 법무부 장관이 아주 예외적으로 지휘권을 발동한다 하더라도 발제자의 말씀대로 그 지휘의 합법성이나 타당성 여부를 검찰총장이 스스로의 책임하에 검토하여야 할 의무와 권한을 부여하는 것으로 봐야 할 것입니다. 검찰총장이 단순히 지시 전달자가 아니라 재해석하여 자신의 책임 하에 지휘해야 하는 것입니다.

그런 점에서 이번 추미애 장관의 지휘권 행사에 대하여 대검이 이를 검찰총장에 대한 직위 배제로 보고 아예 손을 놓는 해석을 한 것은 나쁜 선례를 만든 것으로, 대검이 검찰총장에 대한 법무장관 지휘권 행사의 성격, 그 한계와 본질을 잘못 해석하였다고 봅니다. 이에 대하여 발제자의 의견은 어떤지 여쭤봅니다.

마침 2020. 7. 27. 법무검찰개혁위원회라는 곳에서 검찰총장의 수사지휘권을 없애고, 이를 법무부장관에게 주는 것이 좋다는 취지의 권고안을 발표하여 파장이 일고 있습니다. 오늘은 토론자로 참석하여 이에 관하여 깊이 있는 내용으로 말씀드릴 여건이 되지 않지만, 마침 발제자께서 소개한 독일법관협회에서 입장을 표명하였던 법무부장

관의 구체적 사건 지휘권 폐지 등 유럽 각국의 동향, 그리고 1947년 일본 의회에서 검찰청법 관련 위원회를 열면서 사법 대신이 개별 사건에 대한 지휘권을 가질 때 예상되는 폐혜 지적의 논의 등은 우리에게 시사하는 바가 참 많은 것 같습니다. 일본 사례에서 유일하게 법무장관이 검찰총장을 지휘하였다가 결국은 장관이 물러난 사례, 우리 자유당 시절에도 장관과 검찰총장이 부딪쳤으나 장관이 물러난 사례를 보면 그래도 검찰의 독립성, 정치적 영향력에서 벗어난 검찰의 독립이 돋보였던 것 같습니다. 그러나 6-70년 후인 지금 대한민국은 오히려 거꾸로 가고 있는 형세입니다.

검찰은 수사와 공소의 책임을 지고, 그만큼 압박을 받고 있기 때문에 인권 침해의 소지가 있다고 하면, 법무부장관의 지휘권은 그 인권에 대한 신중한 보호를 목적으로 행사되어야 합니다. 그러나 이번 추미애 법무장관은 영장청구를 신중히 해야 한다는 검찰총장에 대하여 "어떻게든 잡아 넣으라"는 메시지를 지휘권에 담았던 것입니다. 장관 지휘권의 기능도, 본질도, 한계도 몰랐다고 비판받아 마땅합니다.

지금 법무검찰개혁위원회에서 발표한 권고안, 최근 추미애 법무부 장관의 행태는 문명 국가의 합리적 사법체계의 근간을 뒤흔들고, 정치로 사법을 좌우하는 과거 왕조 시대의 의금부로 되돌아가는 퇴행적인 모습에 다름 아니라는 것이 제 생각입니다.

이런 퇴행적인 모습을 감싸기 위한 논리가 민주적 통제입니다. 그런 점에서 저는 실질적 정당성을 위한 통제체제로서 발제자께서 "실질적 정당성은 ① 국가권력의 행사가 국민의 의사인 법에 기속되는 것과 ② 국가권력 담당자들의 권력행사에 대하여 국민의 대의기관인 의회에 의한 한 통제체제를 갖추는 것을 요구하는데 두 번째의 통제장치가 핵심"이라고 하신데 대하여는 조금 의견을 달리합니다.

사법과 일반 정책은 그 성격을 달리해야 한다고 봅니다. 정책은 대의기관인 의회에 의한 통제를 받는 것이 맞습니다. 국민이 선거를 통해 의회를 구성할 때 그 내건 정책, 선거공약을 보고 판단하고, 결정한다고 우리는 상정해야 하기 때문입니다. 그러나 사법은 그렇지 않습니다. 피해자소추주의, 만인소추주의의 인간의 기본적 욕구와 본성을 국

가 기관에 위임함으로써 국가소추주의로 간 이면에는 국가권력의 행사가 "의사"가 아닌 "법"에 따라 공정하고 투명하게 이뤄질 것으로 믿고, 신뢰한데 있습니다. 이런 신뢰와 기대는 헌법 제정을 통해 한번 구현된 이상, 매 선거, 매 정권에 따라 달라지지 않고, 달라져서도 안 됩니다. 그야말로 무지의 베일은 공정, 타당한 규칙으로서 영원히 가야 하는 것입니다. 법에 기속되는 사법권 (준 사법권인 검찰권까지 포함하여)이야 말로 올바른 rule of law의 구현이라고 생각합니다.

사법이 국민의 의사, 선출된 권력의 함정에 빠지면 결국 다수에 의한 독재가 되는 것입니다. 어떤 행위에 대하여 금지와 허용을 결정하고, 처벌 여부를 정함에 있어 51%가 49%를 좌우할 수 있다면, 그것은 허울만 남은 민주국가이지, 사실은 전제정인 것입니다.

우리는 과거 검찰의 탄생 역사를 되짚어봐야 합니다. 우리나라 검찰 제도는 경찰에 대한 '문민통제'로서 들어왔습니다. 일제의 무단통치가 경찰을 도구로하여 이뤄졌고, 그 경찰이 갖는 물리적 힘이 시골 아이들에게 "저기 순사 온다"고 하면 울던 아이도 울음을 그치게 하는 정도의 정서로 자리잡았던 것이 불과 50년 전의 일입니다. 저 역시 그런 말을 어렸을 때부터 들었습니다. 그런데 팔다리가 없이, 사실상 머리만 갖고 지휘하는 검찰을 통해 국가 권력이 인권에 봉사하고, 법치주의의 기틀이 마련되었던 것입니다. 그 문민통제의 정점에 있었던 것이 검찰총장입니다.

이제 그 검찰총장을 무력화하고, 정파적 이익, 진영에 속한 장관이 검찰을 지휘하게 된다는 것은 일제가 물러난 지금 대한민국이 또다른 내부 식민주의 철권 폭압자들의 무단통치 하에 놓이게 된다는 것을 의미합니다.

법무부 장관과 검찰총장 사이의 수사지휘권을 놓고 벌어지는 이 상황은 강 건너 불이 아니라, 우리 발 등에 떨어진 불, 대한민국 민주주의, 인권, 법치가 위기에 몰려 있음을 증언하는 것입니다. 감사합니다.

법무부장관 지휘권 사태와 검찰 독립성 : 문제점과 대안

| 토론 |

정 웅 석
한국형사소송법학회 회장
한국법학교수회 수석부회장
서경대학교 법학과 교수

발표문 잘 들었습니다.

토론자의 생각도 발표문과 거의 일치하므로 발표문에 대한 논의보다는 작금의 상황(검/경 수사권조정, 공수처 설치, 법무부장관의 지휘권 등)이 왜 발생하는지에 대하여 말씀드리고자 합니다. 저는 기본적으로 우리나라 형사사법 체계를 바라보는 시각의 차이에서 비롯된 문제라고 생각합니다. 발표자는 검찰은 (준)사법기관이고, 따라서 검찰권의 행사를 사법작용으로 보고 있지만(p.18), 일부 학자 및 실무가들은 검찰은 행정기관이고, 따라서 상급자인 법무부장관의 지휘에 복종하는 것은 당연하다고 생각하는 것 같습니다. 즉, 법리의 문제가 아니라 형사사법 체계를 바라보는 근본적인 방식이 다른 것으로 보입니다. 이에 이하에서는 영미법계 사법체계와 대륙법계 사법체계를 비교한 후, 결론을 말씀드리고자 합니다.

1. 대륙법계 형사절차의 기본원리

(1) 직권주의 소송구조

대륙법계 형사사법은 국가의 형벌권을 전제로 출발하므로 범죄를 개인 간의 불법행위임과 동시에 국가의 법질서 위반행위로 간주하여, 국가는 국법질서 확립을 위해 수사 및 재판을 통하여 진실을 규명하고 범인을 처벌할 권한과 의무를 가진다는 이념과 철학을 바탕으로 하고 있습니다다. 따라서 대륙법계에서는 형사사법을 담당하는 국가 사법관료(판사, 검사)가 '사실을 규명(확정)'하는 자로서 역할을 하며 '스스로 조사활동'을 수행하는 형사사법 체계가 형성 · 정착되어 있습니다.

(2) 이론적 배경

대륙법계 형사사법체계는 공판절차를 주재하는 법원과 공판전(前) 절차를 주재하는 검찰 및 공판전 절차에서 수사활동의 대부분을 담당하는 사법경찰로 권력이 분배되어 있습니다. 그런데 직권에 의한 조사 특히 피고인(피의자)에 대한 조사가 직권주의의 특징인데, 법원의 직권조사가 너무 초기단계부터 시작되어 판결에까지 이르면 객관성을 유지하기 어려우므로 공판전 조사절차를 두어 사실심 법원으로 하여금 수사활동으로부

터 자유롭게 하였으며, 공판전 단계의 조사권한도 쪼개서 중죄사건의 공판전 조사는 원칙적으로 예심판사가 하게 하는 등 조사권한을 여러 단계로 나누는데, 프랑스는 이러한 구조를 현재에도 유지하고 있으나, 독일에서는 효율성의 측면에서 예심판사제도를 폐지하고 공판전 조사절차인 수사절차를 검사가 주재하도록 하였습니다.

경찰조직도 영미법계와 달리 철저한 자치경찰이 아닙니다. 이러한 구조 아래서 직권주의적 형사사법체계는 권력을 분점한 법원, 검찰, 사법경찰이 힘의 균형을 유지하면서 한 기관이 다른 기관을 견제하거나 통제하는 방식으로 기관 간 통제구조를 갖습는다. 즉 중앙집권적인 사법경찰의 수사를 검찰이 지휘권을 가지고 통제하고, 검찰의 처분 등을 법원이 통제하며, 예심제도를 두는 경우는 중죄사건 수사를 담당하는 예심판사를 검사가 통제하고, 예심결과에 의견을 제시합니다. 또한 공판절차에서도 검사가 법원을 견제하고 법원의 오류를 상소권 등으로 견제하는 것입니다.

(3) 법무부와 검찰청과의 관계

대륙법계 국가의 경우 법무부에 법원이 소속되어 있고, 검찰청은 부치되어 있으므로, 법무장관 밑에 대법원장과 검찰총장[1]이 있습니다. 따라서 기능적으로 법원과 검찰이 독립되어 있다는 점을 제외하고는 검찰은 법무부 소속이며, 법무부 일을 합니다. 다만 법원이 법무부 산하에 있다고 하더라도 법무부장관은 재판에 관여하지 못하고, 법관은 재판권 행사에 있어 독립적입니다. 법무부 역시 법원의 인사, 예산 등 행정에만 관여할 뿐입니다. 즉, 법원행정은 행정부인 법무부에서 관장하고, 재판권의 독립은 재판에 관여하지 않는 것으로 보장하고 있는 것입니다.

(4) 사법경찰의 개념 및 수사지휘의 형태

검사제도가 시작된 프랑스와 이를 계승한 독일, 이탈리아, 스코틀랜드 등 대륙법계 국가에서는 검사의 사법경찰에 대한 수사지휘권이 확립되어 있습니다. 왜냐하면 수

1) 연방검찰청은 우리나라의 대검찰청과 달리 고등검찰청의 상위(上位)에 있는 것이 아니라 법관과 마찬가지로 연방정부의 법무부에 소속되어 법률에 근거한 일정한 권한을 행사하는 독립된 검찰청에 불과하다.

사는 범죄 발생 이후에 사법적으로 국가 형벌권의 존부를 규명 · 확정하는 절차인 "검찰권(Justiz)"에 속하는 권능으로, 치안유지 내지 위험방지 등을 목적으로 하는 "경찰권(Polizei)" 작용과는 근본적으로 다른 것임이 확고히 인식되어 있기 때문입니다. 즉, 권력분립상 수사는 본질적으로 행정작용이 아니라 사법작용이므로 수사권은 사법관(예심판사, 치안판사 등)이나 준사법관인 검사에게 귀속되는 것으로 보고 있습니다. 이에 따라 대륙법계 국가에서는 소추시점을 전후로 전(前)단계 사실규명(수사)의 책임은 검사에게, 그 후 단계 사실확정의 책임은 판사에게 맡겨 검사와 법원이 서로 견제토록 하는 사법권력의 분할에서 그 방안을 찾았던 것입니다. 다만, 소수인 검사가 모든 수사활동을 직접 담당할 수 없으므로 수사를 보조할 인력이 필요하게 되며, 이 보조인력이 바로 "사법경찰"(Kriminalpolizei)[2]로서 행정경찰(Schutzpolizei)과 엄격히 구별되는 개념인 것입니다. 검사의 수사주재자로서의 지위를 규정한 독일 형사소송법(StPO) 제160조,[3] 검사의 수사를 규정한 제161조[4]와 경찰의 초동수사를 규정한 제163조[5]의 관계에 관한

2) 독일의 경우 형사소송법상 사법경찰이란 용어는 나타나지 않고, 검찰의 수사요원(Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft)이라는 용어가 사용된다. 즉 이들이 하는 수사가 검사의 수사를 도와주는 것이라는 독일법상의 관념이 이 용어에 배어 있다. 이 용어는 종래의 보조공무원(Hilfsbeamte)라는 용어를 2000년도 개정시에 바꾼 것인데, 이는 보조공무원이라는 용어가 주는 명예감에 있어서의 불만감 때문에 변경되었다고 한다. 이 검찰의 수사요원은 경찰의 일부 중에서 수사업무를 담당하는 경찰관들(우리나라 형사소송법상 사법경찰의 개념에 해당한다)과 일반 행정관청에서 수사업무를 담당하는 사람들(우리나라 형사소송법상 특별사법경찰의 개념에 해당한다)이 모두 포함되는 개념이다. 이에 따라 초동수사권의 권한을 가진 자도 경찰에 한정하지 않고 「경찰임무를 담당하는 관청 및 공무원」(Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes)으로 쓰고 있으며, 이에는 경찰 및 경찰공무원뿐 아니라 일반행정관청 및 특별사법경찰의 업무를 담당하는 공무원이 모두 포함되는 것이다.

3) 독일 형사소송법 제160조(검사의 임무) ① 검사는 고발 또는 기타의 방법으로 어떤 범죄행위의 혐의에 관하여 알게 되는 즉시 공소를 제기하여야 할 것인지의 여부를 결정하기 위하여 사건의 진상을 규명하여야 한다.
② 검사는 책임을 가중시키는데 도움이 되는 사정뿐만 아니라 감경할 만한 사정도 수사하여야 하며, 또 멸실할 우려가 있는 증거를 조사하여야 한다.
③ 검사는 그 행위에 법적 효과를 결정하는데 있어서 중요한 사정에 대하여도 수사하여야 한다. 이 경우 검사는 사법보조(Gerichtshilfe)를 받을 수 있다.

4) 독일 형사소송법 제161조(검사의 수사권한; 경찰에의 위임) ① 사실관계의 조사를 위하여 검사는 사실행위를 할 수 있다.
② 검사는 모든 공공기관에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있고 제492조 제3항 제2문과 제6항에 따라 자료의 인도를 요구할 수 있다.
③ 검사는 경찰로 하여금 수사행위를 행하도록 할 수 있다. 경찰의 임무를 담당하는 관청과 공무원은 검사의 의뢰 또는 지시를 이행할 의무가 있다.
④ 검사는 사안을 지정하여 경찰이 독자적으로 수사하도록 위임할 수 있다.

5) 독일 형사소송법 제163조(경찰의 임무) ① 경찰관청과 경찰공무원은 범죄행위를 조사하여야 하

독일문언의 원문을 번역하면 다음과 같습니다.

> 먼저 수사의 개시여부에 대하여는 원칙적으로 검사가 결정을 하여야 한다. 다만 제163조에 의하여 경찰적 관청이 초동수사를 개시할 수 있는데, 이에 근거하여 (검사의 승인없이) 일정한 사람에 대하여 피의자로서 소송법적인 외적 조치를 행하였다면(피의자신문, 참고인신문, 압수수색, 체포 등) 검사는 수사절차의 단일성과 불가분성으로 인하여 관련자의 이익을 고려하여 경찰에 의해 개시된 수사절차를 스스로 개시한 수사절차와 마찬가지로 취급하여야 한다(따라서 **경찰적 수사절차는 존재하지 않는다!**). 검사는 수사절차에 대하여 책임을 지며 따라서 경찰수사를 지도하고 감독할 권한을 가질 뿐만 아니라 의무를 진다.[6] (사법)경찰은 제163조의 영역에 있어서도 검사의 수사기관이며 그 활동도 검사의 직접수사활동과 마찬가지로 검사에게 부과되어 있는 공소제기여부 결정을 위한 준비로서의 검사의 수사활동을 위한 것이다. 따라서 검사는 경찰이 제163조에 의하여 스스로 활동을 한 경우에도 경찰수사에 대한 사법형성적 사건지휘를 할 권한을 가지며 의무를 진다. 따라서 경찰수사에 대하여 항상 살피고, 때로는 적절한 지시를 하여 수사가 법적으로 문제없고 사안에 적절하게 행해지도록 보장하여야 한다.[7] **이러한 통제와 지휘권한에 의하여 검사는 언제든지 제163조 제1항에 의한 경찰의 초동수사 활동**

며, 사건의 증거인멸을 방지하기 위하여 지체해서는 안 될 모든 조치를 하여야 한다. **이 목적을 위해 경찰관청 및 경찰공무원은 다른 법률에 그 권한을 달리 규정하고 있는 않는 한 모든 관청에 사실관계를 조회할 수 있으며, 급박한 경우는 조회결과를 요구할 수 있고 모든 종류의 수사행위를 할 수 있다**(alle Behörden um Auskunft zu ersuchen, bei Gefahr im Verzug auch, die Auskunft zu verlangen, sowie Ermittlungen jeder Art vorzunehmen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse anders regeln).

② 경찰관청과 경찰공무원은 모든 수사결과물을 지체없이 검사에게 송부하여야 한다. 판사의 신속한 조사행위가 필요하다고 인정하는 때에는 모든 수사자료를 직접 구법원에 이송할 수 있다.

6) Wache, StPO-Karlsruher Kommentar, C. H. Beck, 2003, § 163 Rn.2(Über die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens entscheidet grundsätzlich die StA. Hat die Polizei indessen (ohne abstimmung mit der StA) nach §163 bereits strafprozessuale Massnahme mit aussenwirkung gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten getroffen (Beschuldigte-oder Zeugenvernehmung, Durchsuchung, vorl. Festnahme ua.), so hat auch die StA wegen der Einheit und nteilbarkeit des ermittlungsverfahrens**(es gibt kein polizeiliches Vorverfahren!)** und mit Rücksicht auf die Interessen des Betroffenen das von der Polizei eingeleitete ermittlungsverfahren als solches zu behandeln).

7) Wache, a.a.O., § 163 Rn.2(Die (Kriminal) Polizei ist auch im Rahmen des §163 Ermittlungsorgan der StA; ihre Tätigkeit dient ebenso wie die eigene Ermittlungstätigkeit der StA der Vorberitung der der StA obliegenden Entscheidung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben oder das Verfahren einzustellen ist).

에 대하여도 개별적 지시를 하여 개입할 수도 있고 그 사건을 검사에게 보내게 하여 직접 수사할 수도 있다.[8]

그리고 이러한 사법경찰의 구성방법으로는 사법기관 내에 별도로 설치하는 방법과 행정경찰 일부를 사법경찰로 지명하는 방법이 있는바, 우리나라를 비롯한 대부분 대륙법계 국가가 후자의 방식을 채택하고 있습니다. 따라서 검사의 수사지휘가 전제되지 않는 사법경찰의 수사란 성립될 수 없는 것이며, 사법경찰이 수사권을 보유하고 수사주체로 활동하는 근거가 바로 검사의 수사지휘에 있는 것입니다.

〈대륙법계 국가(독일)에서의 행정경찰과 사법경찰의 차이점〉

범죄발생 및 수사권발동 이전(범죄예방)	범죄발생 및 수사권발동 이후
행정권	사법권
(경찰)행정작용(Polizei)	(형사)사법작용(Justiz)
현장성 중시	절차과정 중시
치안 유지 · 위험 방지를 위한 질서확립 · 범죄예방 · 진압 활동	형벌권의 존부 확인을 위한 수사 · 기소 · 재판 활동
행정경찰(Schutzpolizei)이 담당	검사 및 그 지휘를 받는 사법경찰 (Kriminalpolizei)이 담당
연방경찰청(Bundespolizeiamt)	연방수사청(BundesKriminalamt)

2. 영미법계 형사절차의 기본원리

(1) 당사자주의 소송구조

영미법계 형사사법은 국가라는 형벌권의 주체를 상정하지 않으므로, 형사재판도 민사소송처럼 사인 간(an individual against an individual) 분쟁, 즉 시민 대 시민, 시민 대 국왕 간의 분쟁과정으로 파악하는 이념과 철학을 바탕으로 하고 있습니다.[9] 따라

8) Wache, a.a.O., § 163 Rn.3(**In Ausübung ihrer Kontrollund Leitungsbefugnis kann die StA sich jederzeit in die Tätigkeit der Polizei nach §163 Abs.1. durch einzelne Anordnungen einschaten oder das Ermittlungsverfahren an sich ziehen**).

9) 당사자주의의 기원에 대하여는 John H. Langbein, The Origins of Adversary Criminal Trial,

서 영미법계에서는 시민들이 직접 "사실을 확인"하며, 사법관은 사인간의 공방절차만을 주재 내지 관여할 뿐 "스스로 조사활동"을 할 수 없는 형사사법 체계가 형성 · 정착되어 있습니다. 왜냐하면 본래 사인소추제도, 당사자주의 및 공판중심주의하에서는 형사절차가 민사절차와 다를 바 없으므로 일방 당사자의 상대방 당사자에 대한 범죄혐의 유무의 규명을 위한 수사는 인정되지 아니하고 일방의 당사자로서 공판정에 제출할 증거의 수집만이 허용되기 때문입니다.[10] 그리고 이처럼 국가의 배타적인 형벌권이 인정되지 아니하므로 변호사나 개인의 의뢰에 따라 범죄의 단서를 발견하고 법정에 제출할 증거를 수집하는 사설탐정이 필요하게 되며, 변호사의 독자적인 조사능력이 소송의 승패에 큰 영향을 끼치게 됩니다.

(2) 이론적 배경

당사자주의 형사사법체계는 피의자에 대하여는 체포 후의 짧은 기간(통상 48시간 이내)까지의 조사만 허용하는 경찰수사와 이후의 법원에 의한 예비심문절차, 그리고 공판정에서의 사실확인으로 이루어지며, 공판정에서의 사실확인과정의 진행을 위하여 당사자로서의 소추관(검사)을 두고 있습니다. 따라서 형사사법체계상의 권력은 초동단계의 수사권을 행사하는 경찰, 소추권을 행사하는 검사, 그리고 공판정에서 소송지휘권 및 양형권한을 행사하는 판사와 사실판단자로서의 배심원단으로 구성된 법원으로 분배됩니다.

그런데 이와 같이 법원 · 검찰 · 경찰로 권력이 분배된 당사자주의에서는 각 기관들이 모두 독립적이어서 지휘관계나 통제관계가 없는 대신, 이러한 권력기관들을 철저히 분산함으로써 그 자체가 커다란 권력기관으로 등장할 소지를 사전에 차단하며, 나

Oxford University Press, 2003 참조.

10) 미국에는 형사소송에만 적용되는 증거법이 따로 있는 것이 아니라 연방증거법Federal Rules of Evidence) 만 존재하며, '연방형사증거법'이나 '연방민사증거법'이 없다. 그러므로 미국 연방증거법은 검찰이나 피고인을 모두 당사자(party)로 지칭하고, 검찰피의자신문조서나 경찰피의자신문조서 등을 별도로 취급하는 규정을 아예 두고 있지 않다. 이러한 이유로 형사피의자의 수사기관에서의 진술은 당사자의 법정 외에서의 진술에 해당하며 따라서 전문증거인지 여부만이 문제되는데, 연방증거법 제801조(d)는 전문증거가 아닌 것의 하나로 당사자 본인의 진술(An Opposing Party's Statement)을 열거하고 있으므로 당연히 증거능력이 부여되는 것이다.

아가 지방자치와 주민자치를 통하여 주민의 철저한 직접통제가 이루어지는 것이 전제되어 있습니다. 예컨대 미국 내에는 통일된 조직으로서의 국립경찰이 없으며, 연방(Federal), 주(State), 카운티(County), 시(City)별로 다양한 경찰조직을 가지고 있을 뿐이고, 이러한 자치단체의 자치경찰은 다른 상급 자치단체의 지휘 · 감독을 받는 피라미드 구조가 아닙니다. 법원의 경우도 연방대법원과 주법원 사이에 위계관계가 없고, 주 안에서도 지방법원판사와 항소법원 및 주상고법원의 판사 사이에 관료적 위계관계나 승진개념이 없습니다.

(3) 법무부와 검찰청과의 관계

영미법계 국가 중 미국의 경우는 삼권분립에 따라 법원만 별도로 분리되어 있을 뿐 연방검사 모두가 연방법무부 소속이며, 별도의 외청 조직이 아닙니다. 따라서 연방의 법무부가 우리나라의 법무부와 대검찰청의 역할을 담당하며(연방 법무부장관이 동시에 검찰총장임), 대검찰청과 고등검찰청을 따로 두고 있지 않습니다.

의원내각제 국가인 영국의 경우는 과거 법무부가 없었으며 그 임무를 대부분 내무부(우리의 행정자치부)가 담당하였으며, 2005년 헌법개혁법을 제정해 로드 챈슬러(Lord Chancellor)가 상원의장 겸 법무장관이 되었습니다. 2인자인 로드 치프 저스티스(Lord Chief Justice)가 대법원장이 되므로, 영국은 법무장관 밑에 대법원장과 검찰총장이 있는 것입니다. 1985년 검찰제도가 생긴 이래 검사들이 법무부 소속이 되었으나, 법무부는 별다른 힘을 갖고 있는 조직은 아닙니다.

(4) 사법경찰의 개념 및 수사지휘의 형태

영미법계 국가의 경찰관이 행하는 수사활동은 사인의 대리인 자격으로 법원에 소추하기 위한 자료를 수집하는 행위가 그 본질이며, Charge 이후 사실규명(수사) 과정은 전적으로 법원의 절차주도 하에 당사자 간 법정(法廷) 공방으로 진행됩니다. 배심제도와 사인소추를 원칙으로 하는 당사자주의적 소송구조 하에서, 특정인에게 범죄혐의가 지워진 후에는 사실규명 및 형벌부과를 위한 모든 절차가 법원에서 사인 간 투쟁으로 진행

되기 때문입니다. 따라서 영미법계에서는 법원 · 검찰 · 경찰 등 어떤 기관도 혐의자를 직권적으로 신문하는 사실규명 활동을 할 수 없으며, 영미법계 검사도 소추대리인 자격으로 출발한 일방 당사자의 지위에 불과하므로 법적으로 검사가 경찰의 수사행위를 지휘 · 통제한다는 것은 애초부터 상정하기 어렵고, 또 그렇게 할 이유도 없습니다. 따라서 영미법계 경찰에는 구속권, 피의자신문권, 대질조사권 등 직권적 · 사법적 수사권한이 전혀 없으며, 영미법계의 '검사'는 대륙법계의 검사와 달리, 사실조사를 하는 수사절차의 주재자가 아니라 피해자 내지 경찰을 대리한 소송의 일방 당사자에 불과합니다.

결국 영미법계에서는 범죄예방 영역과 범죄발생 영역을 명확히 분리하지 않을 뿐만 아니라 이러한 연유로 영미법계에서는 본래의 행정경찰과 구별되는 사법경찰이라는 개념 자체가 존재하지 않습니다. 다만 시대의 변화와 함께 수사만을 전담하는 수사경찰이 등장하였는데, 이를 Detective 또는 Investigator라고 부르며 일반 경찰(Police)과는 완전히 별개의 조직으로 운영하고 있는 주(州)도 있습니다.

4. 영미법계 형사절차로 개편하기 위한 전제조건

(1) 국가형벌권에 대한 인식의 전환 필요

영미법계 체계를 취하는 경우, 앞에서 언급한 것처럼 범죄를 국법질서 침해행위로 보지 않고 피해자에게 가한 일종의 불법행위로 파악하므로 수사기관이 범죄자를 수사의 객체로 삼아 혐의 유무를 가리고, 법원에 공소제기를 한다는 것은 "당사자주의"에 반하여 허용될 수 없을 뿐만 아니라 피해자나 그를 대리하는 소추인의 고발에 따라 법정에서 진실을 규명하는 "공판중심주의"가 필연적으로 수반되며, 이러한 경우 민사소송과 마찬가지로 형사소송 또한 당사자(또는 변호인)의 역량에 좌우되는 결과를 야기하게 된다. 이는 변호사의 역할 증대 및 사설탐정업[11]이 도입될 수밖에 없는 구조이므로, 사법

11) 사인소추제도하의 영국에서는 누구든지 탐정 간판만 걸면 탐정업을 할 수 있으며, 미국 대부분의 주도 이를 허용하고 있다. 그러나 한국에서는 종래 신용정보업을 하려는 자는 신용조회업(신용조회업무 및 그에 딸린 업무), 신용조사업(신용조사업무 및 그에 딸린 업무), 채권추심업(채권추심업무 및 그에 딸린 업무), 신용평가업(신용평가업무 및 그에 딸린 업무)에 따른 업무의 종류별로 금융위원회의 허가를 받아야 하며, 허가와 관련된 허가신청서의 작성 방법 등 허가신청에 관한 사항, 허가심사의 절차 및 기준에 관한 사항, 그 밖에 필요한 사항은 총리령으로 정하도록 규정하여 엄격

의 대표적 병폐인 '유전무죄', '무전유죄'의 현상이 심화되는 것을 감내해야 할 것이다.

(2) 수사기관의 구속기간 폐지

영미법계 국가의 경우 체포시부터 48시간 이내에 치안판사에게 인계해야 하므로, 우리나라의 경우도 30일간의 구속기간(형사소송법 제202조, 제203조, 제205조)이 삭제되어야 할 것이다.[12] 특히 치안판사에게 인계된 후, 보석이 필요적으로 고지되고(무죄추정의 원칙) 일정한 보석금 내지 보석보증금을 내면 석방되는 불구속재판 구조를 감내해야 할 것이다.

(3) 공판정에서 진술을 얻기 위한 다양한 제도 도입

공판중심주의 원칙상 공판정에서 진술을 얻기 위한 면책조건부 증언제도(Immunity), 유죄협상제도(Plea Bargaining), 기소사실인부제도(Arraignment)는 물론 피의자를 포함하여 수사기관 등에서 거짓진술을 한 경우에 처벌하는 사법방해죄 등이 도입되어야 합니다.

(4) 대폭적으로 무죄가 선고되는 상황 감내

당사자주의의 형사사법 체계를 따르는 경우, 대폭적으로 무죄가 선고되는 상황을 감

한 제한을 두었으나(신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제4조), '탐정 명칭 사용금지'조항을 삭제한 '신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률'이 지난 2월 국회를 통과함에 따라 2020. 8. 5.부터 탐정사무소 명칭 사용이 가능하게 되었다. 현재 '민간조사사'라는 이름으로 탐정업을 수행하는 숫자가 2,000여명 정도 활동하는 것으로 알려져 있는데, 이들은 대부분 탐정사무소로 명칭를 바꾸어 개업할 것으로 예상되고 있다.

12) 대륙법계 국가인 독일의 경우 구속기간의 제한이 없고, 다만 재범의 위험성을 이유로 한 구속의 경우 1년을 초과할 수 없다(독일 형사소송법 제122조의a). 재범의 위험성을 이유로 구속한 경우 구속기간이 1년으로 제한되나 구속의 근거를 다른 사유로 변경하는 때는 다시 구속기간의 제한이 없으므로 계속 구금이 가능하다. 프랑스의 경우 일반 형사범죄 사건의 원칙적 구속기간은 4개월이지만(CPP 제145조-1조 제1항), 혐의범죄가 10년 이상의 법정형에 해당하는 경우 또는 범죄사실이 국외에서 행해지거나 마약거래, 테러, 조직범죄, 조직매춘, 탈세 또는 범죄단체조직 등에 해당하는 때에는 2년까지 연장할 수 있다(CPP 제145-1조 제2항). 중죄사건의 경우 피의자는 원칙적으로 1년을 초과하여 수사상 구속을 할 수 없다. 다만 석방구금판사는 예심수사를 계속하여야 할 특별한 사유가 있는 때에는 6개월을 초과하지 아니하는 범위 내에서 구속기간을 연장할 수 있다. 이 연장결정은 구속결정과 마찬가지로 심문을 거쳐야 한다(CPP 제145-2조 제1항).

내해야 할 것이다.[13] 일례로 당사자주의 체계를 취하는 영국의 경우 몇몇 일상적인 범죄(routine offences) 및 경찰이 공판회부결정을 할 필요가 있는 사건을 제외한 중요 범죄에 대한 공판회부결정(Charge) 권한이 검찰로 이관된 이후, 영국 검찰청(CPS) 홈페이지에서 다운로드 가능한 연례보고서(annual report, 2015-2016)에 따르면, 대상기간(2015. 4.~2016. 3.)동안 전체 소추사건은 637,798건이고, 그 중 유죄선고 사건은 530,199건(유죄율 83.1%)으로 기술하고 있으므로 무죄선고율은 16.9%가 될 것이다. 미국의 경우도 연방지방법원의 형사재판 유죄율이 1990년대에 80%대에 머물렀으나 2000년 이래 90%대를 유지하고 있습니다. 특기할 점은 미국의 유죄판결 중 절대 다수가 유죄답변을 통해 이루어지고 있다는 점입니다(2011년 회계연도에는 81,228명, 2012년 회계연도에는 78,647명, 2013년 회계연도에는 73,397명에 대한 절차가 유죄답변을 통해 종결되었는데, 이는 각 회계연도 당 유죄판결을 받은 형사피고인의 97%에 해당합니다.[14] 반면에 대륙법계 국가인 독일 및 프랑스의 경우 5% 내외로 무죄가 선고되고 있습니다.

〈미국 연방지방법원 형사재판 유죄율(2010~2015년)〉

	형사피고인	유죄판결 (Guity)	무죄판결 (Not Guilty)	유죄율
2010	88,369	81,934	416	92.7%
2011	90,461	83,860	390	92.7%
2012	87,709	80,963	356	92.3%
2013	82,092	75,718	328	92.2%
2014	80,174	74,392	312	92.8%
2015	74,990	69,561	230	92.8%

13) David T. Johnson, "Lesson from the United States and Japan for Justice System Reform in Korea", 「미국 형사사법제도의 허와 실」, 데이비드 존슨 교수 초청 공개포럼 자료집, 대한변호사협회, 2005, 14면.

14) 각 해당 회계연도의 미국 연방검찰청 연간 통계 보고서(Annual Statistical Reports) 참조. 미국 연방검찰청 홈페이지, https://www.justice.gov/usao/resources/annual-statistical-reports (2018. 5. 10. 최종검색).

현재 우리나라의 제1심 선고사건 무죄율은 무죄선고인원/제1심 선고인원(약식명령 포함)으로 확정 기준이 아닌 선고를 기준으로 산정하면, 1%가 채 되지 못하는 미미한 비중입니다. 물론 제1심 형사공판사건 무죄율을 살펴보면, 공판중심주의를 강조한 2006년 이래 상승세를 보이고 있으며, 2016년에는 3.72%를 기록하였는바, 영미식 수사구조로 변경하고자 하는 경우 어느 정도로 무죄율이 상승할지에 대하여 깊은 연구가 선행되어야 할 것이다.

(5) 우리나라 특유의 고소 · 고발사건 처리에 관한 해법제시

우리나라 사법환경이 외국과 결정적으로 다른 것은 고소 · 고발이 엄청나게 많은 반면, 기소율은 현저하게 떨어지고 무고 · 위증 등 거짓말사범은 매우 많다는 점입니다. 예컨대 2016년 한해 고소 · 고발된 인원은 약 74만 명으로, 인구 10만 명 당 고소 · 고발 인원은 일본의 150배인 반면 기소율은 20%에 불과하고,[15] 이에 따라 인구비율 대비 무고 · 위증사범은 일본의 20배에 달하고 있습니다.[16] 따라서 아무런 죄를 저지르지 않은 국민이라도 누군가의 고소 · 고발로 수사대상이 될 수 있고, 무고 · 위증 등 상대방의 교묘한 거짓말로 억울한 옥살이를 할 가능성이 언제든지 존재하는 상황입니다. 따라서 원칙적으로 고소 · 고발사건의 처리를 개인에게 맡기는(사인소추, 민사소송 제기 등) 영미법계 형사사법 구조로 가기 위해서는 이러한 고소 · 고발사건을 어떻게 할 것인지에 대한 구체적인 해결책이 제시되어야 할 것입니다.

(6) 중요 범죄수사에 대한 패러다임 변화

우리나라의 경우 2000년대 후반까지만 해도 압수 · 수색영장을 받아서 관련이 있다고 생각하는 모든 증거물을 확보한 후, 피의사실공표 및 망신주기 수사를 통해 피의자에게 자백을 강요하는 것이 특수수사의 패러다임이었습니다. 그러나 2010년도에 들어서면서, 형사소송법의 개정(제106조 제1항 및 제3항) 및 정보저장매체 등의 압수에 대

15) "무고에 멍든 사회: 허위 신고에 졸지에 강간범 신세…정작 무고사범엔 관대", 헤럴드경제, 2017. 5. 15., http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20170515000175 (2018. 5. 10. 최종검색).

16) "뒤틀린 세 치 혀에…거짓말 공화국", 한국일보, 2015. 11. 28., http://www.hankookilbo.com/v/8a913a4efcb542228b97d56ee5a46d62 (2018. 5. 10. 최종검색).

한 판례의 영향[17]으로 관련 증거물만을 압수하는 등 자백위주의 과거지향적 수사는 많이 개선되었습니다. 다만, 현재도 일부 검찰청에서 과거와 같은 특수수사 방식 때문에 피의자가 자살하는 등의 문제점이 나타나고 있으나, 영미식 형사사법 구조로 개편된다면 과거증거의 수집이 아닌 미래증거의 수집방식, 예컨대 비밀수사(Under Cover)의 활용, 물적 증거의 중시, 증인에게 출석하여 대배심(grand jury) 앞에서 증언하도록 명령하는 증인소환장(subpoena ad tesficantum)이나 영장에 지정된 문서를 가지고 증인으로서 법정에 나오도록 명령하는 문서지참소환영장(subpoena duces tecum)의 활용 등 국민이 사법에 참여하는 형태로 중요 범죄수사에 대한 패러다임이 대폭 바뀌어야 할 것입니다.

5. 결론 – 법무부 장관의 구체적 사건에 대한 지휘권 폐지문제

(1) 대륙법계 국가

가. 이탈리아

검찰을 행정부 소속이 아니라 사법기관으로 인정하는 입법례로는 이탈리아의 모델을 들 수 있습니다.[18] 이탈리아는 파시스트 정권이 끝난 1948년 헌법개정을 통하여 검찰을 최고사법의회 아래 두어 법원(Corte Suprema di Cassazione인 대법원은 순수 재판업무만 담당)과 병존시킴으로써 검찰의 독립성을 보장하고 있습니다. 과거 이탈리아 검찰은 중앙집권적 검찰로 행정부에 완전히 소속된 상명하복 구조로 출발하였습니다. 그러나 2차대전 당시 파시스트 정권 때에는 검찰이 정권의 도구로 이용되는 역사적 경험을 거치면서 1946년 사법권 보장에 관한 법률로 법무부장관의 검찰 지휘권을 폐지하고 감독권으로 대체한 것입니다. 즉, 1948년 헌법 제107조 제4항에 "검사는 사법조직법이 정하는 바에 따른 보장을 받는다"라고 규정하면서부터 검사가 사법부에 소속되면

17) 대법원 2012. 3. 23. 선고 2011도10508 판결.

18) 이탈리아는 이미 1908년 사법부를 국가권력으로부터 독립시키기 위해 최고사법회의(Consiglio Superiore della Maistratura)를 설립했다. 이에 관해서는 Antoinette Perrodet, "The public prosecutor", European Criminal Procedures(Mireille Delmas-Marty and J.R.Spencer(Ed), Cambridge university press, 2002, pp. 429.

서 판사와 완전히 동등한 지위를 가지게 된 것입니다. 정부(법무부)로부터 독립된 이탈리아 검찰은 1992년부터 시작된 마니폴리테(깨끗한 손) 바람을 일으켜 정권의 비리를 파헤친 결과, 당시 기민당 기사당 연립정권을 붕괴시켰으며, 2010년에는 현직 총리 베를루스코니 총리를 기소하기도 했습니다.[19)]

나. 프랑스

검찰 독립 및 정치적 중립성과 관련해서는 검찰 조직과 검사 인사제도, 법무부장관의 지휘권, 특히 구체적 사건에 관한 지휘권 문제가 주요 쟁점으로 논의되었습니다. 이와 관련하여, 프랑스는 검사인사의 독립성과 객관성을 보장하기 위하여 헌법기관으로 최고사법평의회(Conseil supérieur de la Magistrature)가 설치되어 있으며, 2013년 7월 25일 법률로 법무부장관의 구체적 사건에 관한 검찰지휘권을 폐지하였습니다(형사소송법 제30조 개정). 아울러 2016년 6월 형사소송법 제39-3조[20)]를 신설하여, 검사에게 사법경찰의 수사를 통제할 핵심적인 역할 및 객관의무를 부여하고 있습니다.

다. 독 일

독일은 우리나라 검찰청법과 같은 별도의 규정없이 법원조직법(GVG)에 법원과 함께 검찰청의 조직에 관한 규정을 두고 있습니다. 즉, 검찰청은 각급 법원에 대응하여 설치되며(GVG 제141조), 그 관할구역은 법원의 경우와 동일하다는 규정(GVG 제143조)

19) 판사와 검사의 임명과 인사이동은 모두 최고사법회의 관할이다. 판사가 검사가 되기도 하고 검사가 판사가 되기도 한다. 최고사법회의는 위원 33명으로 구성된다. 그 중 3분의 2는 당양한 심급에 속한 모든 평법관들에 의해 선출되고, 3분의 1은 15년 이상의 경력을 가진 법학교수와 변호사 중에서 국회의 상하원 합동회의에서 선출된다. 위원회는 국회에서 선출된 위원중에 위원회의 부의장을 선임한다. 선출직 위원의 임기는 4년이고, 연임할 수 없다. 위원(33인) 중 3인은 대법원장, 검찰총장, 그리고 대통령(의장이 된다)이다(이태리 헌법 제104조).

20) 프랑스 형사소송법(Code de procédure pénale) 제39-3조 ① 사법경찰(police judiciaire)을 지휘하는 영역에서, 검사는 수사관(enquêteur)에게 일반적인 지시나 구체적인 지시를 할 수 있다. 검사는 수사관에 의해 행해지는 수사절차의 적법성, 사실관계의 본질과 중요도에 따른 수사행위의 비례성, 수사의 방향 및 수사의 질 등을 통제한다.
② 검사는 피해자, 고소인, 피의자의 권리를 존중하는 범위 내에서, 수사가 실체적 진실을 증명하는데 이르고 있는지, 이들에게 불리한 내용뿐만 아니라 유리한 내용에 대해서도 수사가 이루어지고 있는지를 감독한다.

등 검찰에 관한 규정은 불과 13개(GVG 제141조-152조)[21] 조문에 불과합니다. 또 법

21) 법원조직법 제10장(GVG Zehnter Titel)

제141조[소재지] 각 법원에 대응하여 하나의 검찰청이 설치되어야 한다.

제142조[검찰청의 관할] ① 검찰의 직무는 다음 각 호의 사람에 의하여 수행된다.

1. 연방대법원에서는 연방검찰총장 및 한 명 또는 수 명의 연방검사
2. 고등주법원과 주법원에서는 한 명 또는 수 명의 검사
3. 구법원에서는 한 명 또는 수 명의 검사 또는 구검사

② 구검사의 관할은 구법원이 아닌 다른 법원의 관할에 속하는 형사사건에 있어서 공소의 준비를 위한 구법원의 절차에는 미치지 않는다.

③ 사법관시보는 구검사의 임무 및 개개의 사건에 있어서 검사의 임무를 그 감독 하에 위임받을 수 있다.

제142조a[연방검찰총장] ① 연방검찰총장은 제1심에서 고등주법원의 관할에 속하는 형사사건(제120조 제1항 및 제2항)에 있어서 검찰의 직무를 이러한 법원에서도 수행한다. 제120조 제1항의 사안에서 주의 검찰 공무원과 연방검찰공무원이 그들 중 누가 소추를 담당할 것인가에 대해 합의할 수 없는 경우에는 연방검찰총장이 이를 결정한다.

② 연방검찰총장은 다음 각 호의 경우 그 절차를 공소장 또는 신청서류(형사소송법 제440조)의 제출전에 주검찰에 인도한다.

1. 다음의 범행을 그 목적으로 하는 경우:

a) 형법 제82조, 제83조 제2항, 제98조 또는 제102조에 따른 범행,

b) 그 행위가 주의 기관 또는 기관의 구성원에 대하여 이루어지는 경우, 형법 제105조 또는 제106조에 따른 범행,

c) 문자 a로 표시된 형벌규정과 관련된 형법 제138조에 따른 범행 또는,

d) 특허법 제52조 제2항, 특허법 제52조 제2항과 관련된 실용신안법 제9조 제2항 또는 실용신안법 제9조 제2항 및 특허법 제52조 제2항 관련된 반도체관련법 제4조 제4항에 따른 범행,

2. 중요성이 낮은 사건인 경우

③ 주검찰에의 인도는 다음 각 호의 경우 중지된다.

1. 그 행위가 특별한 정도로 연방의 이익에 관련되는 경우 또는
2. 법통일의 이익에서 연방검찰총장이 그 행위를 소추할 것이 요구되는 경우

④ 연방검찰총장은 사안의 특별한 의미가 더 이상 존재하지 않을 경우에는 제120조 제2항 제2호 또는 제3호 또는 제74조의a 제2항에 따라 인수하였던 사건을 다시 주검찰에 인도한다.

제143조[토지관할] ① 검찰공무원의 토지관할은 그에 대응하여 설치된 법원의 토지관할에 의하여 정하여진다.

② 관할이 없는 검찰공무원은 지체의 위험이 있고 그의 관내에서 행하여져야만 하는 직무행위를 담당하여야 한다.

③ 여러 주의 검찰공무원이 그들 중 누가 소추를 담당할 것인가에 대해 합의할 수 없는 경우에는 그들의 공통 상관인 검찰공무원이 결정하고, 그렇지 않으면 연방검찰총장이 결정한다.

④ 검찰공무원에게는 다수의 주법원 또는 고등주법원의 관할구역을 위하여, 그것이 절차의 적절한 촉진 또는 신속한 처리를 위하여 합목적적인 한 특정 유형의 형사사건 소추, 그러한 사건에서의 형집행 및 이 법의 공간적 적용범위를 벗어난 장소에서의 법률상 원조 요청의 담당을 위한 관할이 배정될 수 있다. 이러한 사안에서 검찰공무원의 토지관할은 그에게 배정된 사건에서 이러한 사건이 배정된 관할구역의 모든 법원에까지 미친다.

제144조[검찰청의 조직] 어느 법원에 대응하는 검찰이 다수의 공무원으로 구성되는 경우, 그 수장에게 부속된 사람이 그의 대리인으로 행동한다; 그는 대리시에 모든 직무수행을 특별한 위임의 증명없이 할 수 있는 권한이 있다.

제145조[직무승계권 및 직무이전권] ① 고등주법원 및 주법원에 대응하는 검찰의 수장은 그 관할

관에 대한 자격, 임명, 직무외 법률업무취급의 금지, 징계 등의 규정은 검사에게도 준용되고 있습니다(DRiG 제122조).[22] 초안이 발표되었을 당시에는 여러 가지 상반된 견해들이 존재하였습니다. 그러나 검사는 법의 수호자라는 공익적 지위에서 피의자 · 피고인의 정당한 이익을 옹호해야 하며, 이를 통하여 실질적 변호를 해야 할 의무가 있다는 점, 수사종결에 즈음하여 기소여부에 관하여 법관에 앞서 법관과 유사한 성격의 사법적 판단을 내려야 한다는 점 그리고 법원에 대하여 법령의 정당한 적용을 청구할 수 있는 권한을 갖는다는 점에서 검찰도 '법원과 동등한 지위를 갖는 사법의 기관' 즉, 독자적인 사법기관(selbständiges Organ der Rechtspflege)의 일종으로 보는 것이 독일연방대법원[23] 및 독일의 통설적인 견해[24]입니다. 이에 독일에서도 구체적 사건과 관련하여 법무부장관의 지휘감독권 폐지 움직임이 있었으며, 이에 대한 설명은 발표문을 참조하시기

구역의 모든 법원에서 검찰의 직무수행을 스스로 담당하거나 이미 관할하고 있는 공무원이 아닌 다른 사람에게 그 대리를 위탁할 수 있는 권한이 있다.
② 구검사는 단지 구법원에서만 검찰의 직무를 수행할 수 있다.
제146조[지시권] 검찰의 공무원은 상관의 직무상 지시에 따라야 한다.
제147조[직무감독권] 감독 및 지휘권은 다음 사람에게 있다:
1. 연방검찰총장과 연방검사에 대하여는 연방법무부장관
2. 관계된 주의 모든 검찰공무원에 대하여는 주법무부
3. 그 관할구역의 모든 검찰공무원에 대하여는 고등주법원 및 주법원에 대응하는 검찰청의 수장
제148조[자격] 연방검찰총장과 연방검사는 공무원이다.
제149조[연방검사의 임명] 연방검찰총장과 연방검사는 연방법무장관의 제청에 따라 연방참의원의 동의를 얻어 연방대통령에 의하여 임명된다.
제150조[법원으로부터의 독립] 검찰은 그의 직무수행에 있어서 법원으로부터 독립되어 있다.
제151조[판사적 업무의 배제] 검사는 판사적 업무를 담당할 수 없다. 또한 그에게 판사에 대한 직무감독이 위임되어서도 아니된다.
제152조[검사의 수사요원] ① 검사의 수사요원은 그러한 자격에서 그 관할구역 검찰 및 그 상급자의 명령에 복종할 의무가 있다.
② 주정부는 법규명령에 의해 이러한 규정이 적용될 수 있는 공무원 및 직원집단을 정할 수 있는 권한이 있다. 직원은 현재 공직에 있어야 하고, 만 21세 이상이어야 하며 최소한 2년간 정해진 공무원 또는 직원집단에서 근무한 경력이 있어야 한다. 주정부는 법규명령에 의해 그 수권을 주법무부에 위임할 수 있다.

22) 제1항: 법관의 자격을 가진 자 중에 검사를 임명한다.
제2항: 종신 검사가 되기 위하여는(Zur Staatsanwalt auf Lebenszeit) 최소한 3년 이상 검사 업무에 종사하여야 한다.(동법 제10조 제1항 준용).
제3항: 검사는 업무외적인 법률감정이나 유상의 법률상담을 할 수 없다.(동법 제41조 제1항 준용)
제4항: 검사에 대한 징계절차는 법관직무법원(Dienstgericht für Richter)에서 결정한다.물론 '검사를 법관법에 포함시켜야 하는가' 하는 문제와 관련하여 독일법관법

23) BGHSt 24, 171.

24) Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl., §9 Rn. 10.

바랍니다.

(2) 영미법계 국가

영미법계 국가에서는 검사를 행정기관으로 보는바, 이러한 논의 자체가 없습니다.

(3) 우리나라의 경우

우리나라의 검찰이 독립성 보장을 위한 기본토대를 구축하고 있다고 볼 만큼 (준)사법기관화되어 있다고 말하기는 여전히 곤란한 수준입니다. 우리나라 검찰의 준사법기관성을 긍정하는 입장은 검찰제도를 탄생시킨 이념 및 연혁을 근거로 삼아 긍정적인 해석론을 전개하지만, 그러한 역할과 기능이 제도론적으로 충분히 뒷받침되고 있지 않기 때문입니다. 검찰청법상의 정치적 중립성 선언도 선언적 프로그램에 불과하고, 형사소송법상 객관의무에 관한 규정도 마찬가지입니다. 검사의 임명, 예산 및 인사가 행정부(대통령과 법무장관)에 의해 완전히 종속되어 있기 때문입니다. 더욱이 구체적 사건에 대한 법무부장관의 지휘권이 존재하는 한, 그리고 법무부장관에 대한 임명권을 대통령이 좌지우지 할 수 있는 한, 법무부장관을 매개로 한 정부(정치)로부터의 외풍을 검찰이 막을 방도는 없는 실정입니다. 또한 공식적인 지휘권 발동 이전에 사전에 '조율'이나 '비공식적 보고'를 통해 영향력을 받고 있는 점도 부인할 수 없으므로 우리나라 검찰은 독립성은 고사하고 중립성조차도 확보되기 어려운 처지에 놓여 있습니다. 물론 현재의 법체계하에서 검찰청은 행정조직상으로 법무부에 소속되어 있으므로 검찰권의 행사에 관하여 궁극적으로는 행정부가 책임을 져야 하며, 이에 검찰사무에 관한 최고감독권을 어떤 행태로든 법무부장관에게 인정할 필요성을 부인할 수는 없다고 봅니다.

그러나 검찰사무는 형사사법의 운용에 중대한 영향을 갖고 있으므로 검찰권의 행사는 항상 공익의 대표자로서 공정하게 행하여져야 하며, 행정부의 정치적 세력, 여당의 정략, 특정인의 이해 등에 의하여 좌우되는 것을 방지해야 합니다(검찰청법 제4조 제2항). 이러한 견지에서 법률은 검사에 대한 법무부장관의 지휘 · 감독권에 제한을 두고 있습니다. 즉 법무부장관은 검찰사무의 최고감독자로서 일반적으로 검사를 지휘 · 감독

할 수 있으나, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘 · 감독할 수 있도록 규정하고 있는 것입니다(동법 제8조). 이는 임기제에 의하여 신분이 보장된 검찰총장을 완충대로 하여 행정부 또는 법무부장관으로부터의 부당한 간섭을 저지하여 검찰권의 독립을 보장하자는 데 그 취지가 있습니다.

그런데 법무부장관이 검찰총장에 대해 구체적 사건에 관한 지휘를 한 경우 검찰청법 제8조의 문구만 보면, 법무부장관이 지휘권을 가지고 있는 결과 검찰총장에게는 이에 복종할 의무가 있으므로, 그 지휘가 위법한 것이 아닌 한 이에 따라 직접 사무를 처리하거나 부하검사에게 명령하여 처리하도록 하여야 할 것입니다. 그러나 검찰권은 사법권과 밀접불가분의 관계에 있고, 사법권의 적정한 실현을 위해서는 검찰권이 공정하게 행사될 것이 불가결한 전제가 됩니다. 따라서 사법권의 독립을 확보하기 위해서는 검찰권의 입법권 및 다른 행정권으로부터의 독립이 담보되지 않으면 안되는 것으로, 오늘날 정당정치체제하에서는 특히 그 필요성이 크다고 할 것입니다.[25)]

그런데 우리나라 법체계상 법무부장관은 검찰총장의 '上司'에 해당합니다. 따라서 법무부장관이 구체적 사건에 관해서 검찰총장을 지휘할 경우에는 국가공무원법 제57조의 규정[26)]에 따라 통상적인 경우 검찰총장이 그 지휘에 따라야 하는 것은 당연합니다. 그러나 검찰청법 제8조의 존재이유가 단순히 법무부장관과 검찰총장의 명령복종의 관계를 규정한 것에 그치지 않고 행정부 내지 그 일원인 법무부장관과 검찰권의 접촉점에 관한 이상적인 상태를 규정한 것으로 이해해야 하므로, 불행하게도 법무부장관의 지휘에 관해서 법무부장관과 검찰총장의 의견이 다른 경우에 검찰권의 대표자인 검찰총장이 법무부장관의 지휘가 위법이 아닌 한 이를 무조건 따라야 한다는 태도를 취하는 것

25) 松尾浩也, 형사소송법(상), 보정제4판, 홍문당, 1998, 25면은 「검찰관의 직무독립에 관해 곤란한 문제를 제공하는 것은 행정권의 주체인 내각과의 관계이다. 검찰에 관한 사항은 법무부의 소관사무로 되어 있고, 그 장인 법무부장관은 행정조직상의 원리만에 의하면, 검찰권의 행사를 완전하게 통제할 수 있다. 그러나 정당정치의 정점에 서 있는 내각의 의사가 법무부장관을 통해서 검찰권의 활동을 마음대로 지배하게 되면 사법권의 운영 그 자체가 정치 내지 행정일반의 힘에 흔들릴 위험이 생긴다. 그래서 검찰청법은 검찰사무에 관한 법무부장관의 지휘감독권에 대해 미묘한 제약을 두었다」. 「**형식상으로는 권한을 정한 것이나 단서의 실질은 지휘권발동에 대한 제한에 지나지 않는다**」라고 서술하고 있다.

26) 국가공무원법 제57조(복종의 의무) 공무원은 직무를 수행함에 있어서 소속상관의 직무상의 명령에 복종하여야 한다.

은 허용되지 않는다고 할 것입니다.

결론적으로 말씀을 드리면, 현재 논의되는 문제의 혼선은 수사는 대륙법계 체계를 취하고 있는 반면, 재판은 공판중심주의라는 미명하에 영미법 체계를 추종하는데서 발생하고 있다고 생각합니다. 따라서 이러한 논의의 전제조건으로 우리나라의 형사사법 체계를 영미법계 체계로 할 것인지 아니면 대륙법계 체계로 할 것인지를 먼저 결정해야만 한다고 봅니다. 이에 수사도 영미법 체계로 변경하고자 한다면, 법무부장관의 지휘권은 당연히 인정되는 것이고, 만약 대륙법계 체계를 고수한다면 현재보다 더 검찰의 사법기관성을 회복하는 방안을 모색해야 할 것입니다. 즉, 헌법상 검찰을 법원과 나란히 사법부로 독립시키고 검찰과 법원을 통괄하는 '최고사법회의' 같은 기구를 두면서 그 최고사법회의에서 검사와 판사의 임용 및 신분보장을 하고, 기능적으로만 검찰과 법원이 분리되도록 설계한다면, 검찰의 독립성이 가장 강도높게 보장될 것은 분명해 보입니다.

〈질문 1〉 발표자께서는 우리나라 형사사법 체계가 어느 방향으로 가는 것이 바람직하다고 보시는지요?

〈질문 2〉 발표자께서는 법무부장관의 구체적 지휘권은 민주적 정당성의 장치로서 유지하되, 지휘권 행사의 요건으로서 '검찰권 행사가 위법하여 이를 시정하기 위해 필요한 때'라는 문구를 추가하여 적법성 통제수단으로서의 성격을 명확히 하자는 대안을 제시하고 있습니다. 그러나 현재와 같은 갈등 구조하에서는 문구해석과 관련하여 또 논란이 제기될 것으로 보입니다. 이에 검사의 독립성은 오로지 검찰총장의 인격과 소신에 의하여 좌우되는 결과가 되므로, 차라리 법무부장관에게 검사에 대한 일반적인 지휘 · 감독권만을 주고 구체적 사건에 대하여는 지휘할 수 없도록 하는 것은 어떠신지요?

법무부장관 지휘권 사태와 검찰 독립성 : 문제점과 대안

| 종합토론 |

Memo

Memo

Memo